Der Grundsatz der Unabhängigkeit der abstrakten Erfüllungsgeschäfte von den kausalen Grundgeschäften

nach dem BGB. in rechtspolitischer Betrachtung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Hans-Wolfgang Gersching

Regierungsreferendar

aus Aschersleben

Berichterstatter:

Senatspräsident Professor Dr. E. Noack

1936

Hallersche Buchdruckerei (Gebr. Volkhardt), Aschersleben

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548122_0152

Inhaltsverzeichnis

Seite

§ 1. Einleitung 15

I. Teil
Die geschichtlichen Grundlagen der geltenden Regelung

§ 2. Das römische Recht
I. Die Eigentumsübertragung 17
a) Die mancipatio 18
b) Die in iure cessio 18
c) Die traditio 19
II. Die Zession 24
III. Andere Fälle der Rechtsübertragung 25
§ 3. Deutsch-rechtliche Sale und Investitur 25
§ 4. Dem BGB. vorhergehende Kodifikationen
I. Das französische Recht. (Code civil) 27
II. Die Regelung des Allgemeinen Landrechts 28
III. Das österreichische Recht 30
IV. Sonstige deutsche Kodifikationen vor dem BGB. 30
§ 5. Englisches, schweizerisches und ungarisches Recht 31
§ 6. Wertung der geschichtlichen Untersuchung 32

II. Teil
Der Stand der Rechtsprechung

§ 7. Die Bedeutung des Standes der Rechtsprechung für eine rechtspolitische Betrachtung 37
§ 8. Die Auswirkungen des Prinzips der Trennung von Grund- und Erfüllungsgeschäften in der Rechtsprechung zu den Unwirksamkeitsgründen des Allgemeinen Teils des BGB.

Seite

I. Die Stimmen der Wissenschaft 38

II. Die Entscheidungen der höchsten Gerichte und die sich daraus ergebenden Grundsätze

a) Die Geschäftsunfähigkeit. (§ 105 BGB.) 40

b) Der geheime Vorbehalt (§ 116 S. 1 BGB.) und der Nichtigkeitsgrund des § 116 S. 2 BGB. 41

c) Der Nichtigkeitsgrund des Scheins (§ 117 Abs. 1. BGB.) . . . 41

d) Der Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung und der widerrechtlichen Drohung (§ 123 BGB.) 42

e) Der Anfechtungsgrund des Irrtums. (§§ 119, 120 BGB.) . . . 44

f) Der Nichtigkeitsgrund des Wuchers. (§ 138 Abs. 2 BGB.) . . 45

g) Der Nichtigkeitsgrund des Verbotsgesetzes. (§ 134 BGB.) . . 45

h) Der Nichtigkeitsgrund des Verstoßes gegen die guten Sitten. (§ 138 Abs. 1 BGB.) 47

§ 9. Das Verhältnis von Grundgeschäft und Erfüllungsgeschäft nach anderen im Gesetz genannten allgemeinen Grundsätzen

I. Die Rechtswirksamkeit des Grundgeschäfts als Bedingung für die Gültigkeit des Erfüllungsgeschäfts 51

II. Das Verhältnis des Grundgeschäfts zum Erfüllungsgeschäft unter dem Gesichtspunkt des § 139 BGB. 54

III. Teil

Rechtspolitische Betrachtung der bestehenden Regelung

§ 10. Der bisherige Kampf de lege ferenda gegen die Trennung der Grund- und Erfüllungsgeschäfte 59

§ 11. Die geltende Regelung und das Rechtsempfinden 62

§ 12. Das Prinzip der Unabhängigkeit von Grund- und Erfüllungsgeschäft und die Vertragsnatur der Erfüllungsgeschäfte in bezug zu den Unwirksamkeitsgründen des Allgemeinen Teils des BGB. 67

§ 13. Die Bedeutung der Bedingtheit der Gültigkeit der Erfüllungsgeschäfte kraft Parteiwillens und der Gesichtspunkt des § 139 BGB. 72

§ 14. Das Verhältnis des Prinzips der Unabhängigkeit von Grund- und Erfüllungsgeschäft zu dem Prinzip des Schutzes des guten Glaubens . 78

§ 15. Bestehen wirklich die praktischen Vorteile, die eine Beibehaltung der geltenden Regelung als vertretbar erscheinen lassen? 85

§ 16. Ergebnis 89

Literaturverzeichnis

André, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte. In Marburger Festgaben für Enneccerus, Marburg, 1913.

Barre, Bürgerliches Gesetzbuch und Code civil. Vergleichende Darstellung des deutschen und französischen Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. umgearb. Aufl., Berlin, C. Heymann, 1897.

Barth, Leiter des Amts für Rechtspolitik im Reichsrechtsamt der NSDAP., Gedanken zur Rechtspolitik. In Deutsches Recht 1935, S. 222 f.

Baumbach, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz und den wichtigsten Nebengesetzen. 6. Aufl., Berlin, Verlag von Otto Liebmann, 1931.

Bechmann, Geschichte des Kaufs im Römischen Recht, Erlangen, Verlag A. Deichert, 1876.

Bechmann, System des Kaufs. Nach gemeinem Recht. II. Abt., 1. Hälfte, Leipzig 1905, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung.

Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen. Verlag von J. C. B. Mohr (P. Siebeck), Tübingen, 3. Heft, 1913, 4. Heft, 1920.

Beseler, Miscellanea, Tradition und causa. In Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, 45. Bd., Rom. Abt. 1925, S. 188 ff.

Biermann, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl., Berlin, C. Heymanns Verlag, 1914.

Breyhan, Abstrakte Übereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung. In Abhandl. der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, 9. Heft, 1929, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung, Leipzig.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900, Verlag von Otto Liebmann.

Brütt, Die abstrakte Forderung. Berlin 1908, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung.

Bung, Kritische Umschau. In Deutsches Recht 1935, S. 195 ff.

Carsten, Wirkungen der Anfechtung eines Kaufgeschäftes über bewegliche Sachen wegen Willensfehlers, insbesondere wegen Irrtums des Verkäufers über die Kreditfähigkeit, im Konkurse des Käufers. Aussonderungsrecht oder Geldanspruch. In JW. 1904, S. 134 ff.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 3. Bd. Rechte an Sachen und an Rechten. Tübingen J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1905.

Dernburg, Beitrag zur Lehre von der iusta causa bei der Tradition. In Arch. f. d. civ. Pr., 40. Bd.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. I. Bd. Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs. 5. Aufl., Halle a. S., Buchhandlung des Waisenhauses, 1894.

Dernburg, Die Allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl., 1906. Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. 2. Abt. 1906. Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 1898, auch 4. Aufl., 1908, Halle a. S., Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.

Eger, Kausale Tradition und Kondiktion im neuen schweizerischen Recht. In Zeitschr. für Schweizerisches Recht, 55. Bd., S. 334 ff.

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung. I. Bd., 1. Hälfte, Allgemeiner Teil. 1925. I. Bd., 2. Hälfte, Das Sachenrecht, 1923.

Eisele, Civilistische Kleinigkeiten. III. Das Verhältnis von 1. 18 pr. de reb. cred. (12, 1) zu 1. 36 de adquir. rer. dom. (41, 1). In Jhr. Jhrb. 23. Bd., S. 1 ff.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1. Abt., Sachenrecht, 8. u. 9. Aufl., Berlin, C. Heymann, 1905.

Endemann, Besprechung über W. Kindel „Das Recht an der Sache". Kritische Bemerkungen zum Dritten Buche eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. In Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht, 38. Bd. S. 319 ff.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Marburg, N. G. Elwertsche Verlagsbuchhandlung (G. Braun). I. Bd., Einleitung, Allgemeiner Teil, von H. V. Nipperday, 13. Bearbeitung, 1931. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, von H. Lehmann, 11. Bearbeitung, 1930. III. Bd., Das Sachenrecht, von M. Wolff, 8. Bearbeitung, 1929.

Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht. Wien 1867, Verlag von G. J. Manz, Buchhandlung.

Felgentraeger, Friedrich Karl von Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre. In Abhdl. der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, Charlottenburg 1927, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung, Leipzig.

Fitting, Über das Wesen des Titels bei der Ersitzung. In Arch. f. d. civ. Pr., 52. Bd.

Förster, Veräußerung von Grundstücken mit Bordellbetrieb. Im Recht 1905, S. 356 ff.

Förtsch, Vergleichende Darstellung des Code civil und des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. II. Bd., Berlin 1917, Verlag von Otto Liebmann.

Frank, Rede auf der Reichstagung der DAF. in Leipzig. In Deutsches Recht 1935, S. 192.

Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts. Berlin 1917, W. Moeser, Buchhandlung.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. I, Materielles Grundbuchrecht. Berlin 1902, J. J. Heines Verlag.

Gerson, Einige Bemerkungen, betr. die Angabe des Rechtsgrundes bei dem Übereignungsvertrage. In Arch. f. Bürg. R., Bd. 2, S. 63 ff.

Gierke, Deutsches Privatrecht, II. Bd., Sachenrecht. Leipzig 1905, Duncker und Humblot.

Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Veränderte und vermehrte Aufl., 1889, Leipzig, Verlag von Duncker und Humblot.

Girard, Geschichte und System des römischen Rechts (Manuel élémentaire de droit romain). Übersetzt und mit Zusätzen versehen von Robert von Mayr, Berlin 1908, Verlag von Franz Vahlem.

Goldmann, Ist bei gleichzeitiger Vornahme von Kausal- und Verfügungsgeschäft und Ungültigkeit des ersteren § 139 BGB. anwendbar? In Gruchots Beitr., 56. Bd., S. 161 ff.

Goldschmidt, Die querella non numeratae pecuniae und die Reichsprozeßordnung. In Jhr. Jhrb., 24. Bd., S. 33 ff.

Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. 1887, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung.

Henle, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Allgemeiner Teil. 1926, Verlag von Franz Vahlem.

Hesse, Über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts. Jena 1868, Maukes Verlag (Hermann Dufft).

Heymann, Überblick über das englische Privatrecht. In der Enzyklopädie von Holtzendorff-Kohler, II., 281 ff., 1914.

Heymann, Das ungarische Privatrecht und der Rechtsausgleich mit Ungarn, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1917.

Hofmann, Die Lehre vom titulus und modus adquirendi und von der iusta causa traditionis. Wien 1873.

Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. III. Teil, 1. Abt. Leipzig 1865, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

Jörs, Geschichte und System des römischen Privatrechts. Berlin 1927, Verlag von Julius Springer.

Kämpny, Ist die Tradition im römischen und gemeinen Recht ein abstracter oder ein causaler Vertrag? Greifsw. Diss., 1899.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung.

Karlowa, Der Römische Civilprozeß zur Zeit der Legisactionen. Berlin 1872, Weidmannsche Buchhandlung.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. II. Bd., Privatrecht und Civilprozeß. Strafrecht und Strafprozeß. I. Teil. Privatrecht. Leipzig 1901, Verlag von Veit und Comp.

Kaufmann, Wirkt die Anfechtung des Kausalgeschäftes wegen Willensmangels auf die dingliche Einigung? In JW. 1904, S. 349 ff.

Kindel, Das Recht an der Sache.

Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund.

Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes. Seine Herleitung und Anwendung. Breslau, Verlag von M. u. H. Marcus, 1901. In Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, 6. Heft.

Kloeppel, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. In Gruchots Beitr., 32. Bd., S. 611 ff.

Koch, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. I. Bd., 7. Ausgabe, Berlin 1878, Verlag von J. Guttentag.

Kretzschmar, Zur Bedeutung des dinglichen Vertrags. Im Recht 1910, S. 77 ff.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1906, Roßbergsche Verlagsbuchhandlung.

Kriegsmann, Der Rechtsgrund (causa) der Eigentumsübertragung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1905, Verlag Franz Vahlem.

Krückmann, Über abstrakte und kausale Tradition und § 929 BGB. In Arch. f. Bürg. R., 13. Bd., S. 1 ff.

Küntzel, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung und seine weiteren Schicksale. In Gruchots Beitr., Bd. 42, S. 91 ff.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Teil. Berlin, C. Heymanns Verlag, 1899.

Lehmann, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin und Leipzig 1928, Walter de Gruyter und Co.

Lenel, Interpolationenjagd. In Zeitschrift der Savignystiftung, 45. Bd., Rom. Abt., S. 17 ff.

Lenel, Quellenforschungen in den Ediktcommentaren. I. und II. In Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 3, Rom. Abt., S. 104 ff. und S. 177 ff.

Lentschütz, Ist § 139 BGB. auch auf abstrakte Rechtsgeschäfte anwendbar? In Deutsche Juristenzeitung 1909, S. 431.

Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung.

Leonhard, Empfiehlt sich die Beibehaltung der Vorschriften, welche der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs im Allgemeinen Teil (§§ 98 bis 102) über den Irrtum bei Willenserklärungen aufstellt? In Verhandl. des 20. Deutschen Juristentages, III. Bd., S. 23 ff.

Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Preußischen Allgemeinen Landrechts. 1. Hälfte. Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, Sachenrecht. 1. u. 2. Aufl., Berlin, 1900, Verlag Otto Liebmann.

Lotmar, Über Causa im Römischen Recht. Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften. München 1875, Theodor Ackermann.

Maenner, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl. München, 1906, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

Marcuse, Wirkung der Ungültigkeit des Kausalgeschäfts auf das sachenrechtliche Erfüllungsgeschäft. In Gruchots Beitr., 66. Bd., S. 159 ff.

Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903, Verlag von Duncker und Humblot.

Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. In Arch. für Soziale Gesetzgebung und Statistik, II. Bd., S. 419 ff.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe 1888, Berlin und Leipzig, Verlag von J. Guttentag. II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse. III. Bd., Sachenrecht.

Mügel, Bemerkungen zum Sachenrecht des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Gruchots Beitr., 37. Bd., S. 334 ff.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. III. Bd., Sachenrecht, Berlin 1899, R. v. Deckers Verlag.

Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Nach den Grundsätzen des Römischen Rechts. Greifswald, bei Ernst Mauritius, 1836.

Neuner, Abstrakte und kausale Übereignung beweglicher Sachen. In Rhein. Zeitschrift für Civil- und Prozeßrecht des In- und Auslandes, 14. Jahrg., S. 9 ff.

Nissen, Wirkt die Anfechtung des Kausalgeschäftes wegen Willensmangels auch auf die dingliche Einigung? In JW. 1904, S. 348, 349 ff.

Noack, Rede auf einer Tagung des BNSDJ. In Mitteldeutsche Nationalzeitung, 1934, Nr. 247.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht unter Berücksichtigung der Ausführungsbestimmungen sämtlicher Bundesstaaten, insbesondere derjen. Preußens. III. Aufl., I. Bd., Berlin, C. Heymanns Verlag, 1904.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. I. Bd., Allgemeiner Teil, 2. Aufl. von Karl Gareis, Berlin, C. Heymanns Verlag, 1908.

Oertmann, Falschbeurkundungen des Kaufpreises. In LZ., 1925, S. 1233 ff.

Oertmann, Die Rechtsbedingung (condicio iuris). Leipzig, Erlangen 1924. A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung.

Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach Bürgerlichem Recht. Leipzig, 1914, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung.

Opitz, Gutachten über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Leipzig, Verlag der Roßbergschen Buchhandlung, 1889.

Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag. Eine Studie zum Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1904, Verlag von Struppe und Winkler.

Partsch, Vom Berufe des Römischen Rechts in der heutigen Universität. 1920, Friedrich Cohen, Bonn.

Pernice, Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften. In Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht, 25. Bd.

Pflüger, Zwei Digestenstellen. In Bonner Festgabe für Ernst Zitelmann, München und Leipzig, Verlag von Duncker und Humblot, S. 41 ff.

Planck, Kommentar zum BGB. nebst Einführungsgesetz. I. Bd., Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1913, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin. III. Bd., Sachenrecht, 5. Aufl., 1. Hälfte, Berlin und Leipzig 1933, Walter de Gruyter und Co.

Pringsheim, Der Kauf mit fremdem Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht. 1916, Verlag von Veith und Comp.

Prinz, Der Kampf gegen die abstrakte Eigentumsübertragung. Erl. Diss. 1919 (Schreibmaschinenexemplar).

Randa, Das Eigenthumsrecht mit besonderer Rücksicht auf die Werthpapiere des Handelsrechtes nach österreichischem Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes und der neueren Gesetzbücher. 1. Hälfte, 2. Aufl., Leipzig, 1893. Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

Regelsberger, Pandekten. I. Bd. Leipzig, 1893, Verlag von Duncker und Humblot.

Reichsgerichtsräte. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. I. Bd., Allgemeiner Teil. Recht der Schuldverhältnisse I. (Allgemeiner Teil). 8. Aufl., 1934, dasselbe 1929. III. Bd., Sachenrecht. 6. Aufl., 1928, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter und Co.

Reichel, Zum schweizerischen Fahrnisrecht. In LZ. 1921, S. 5 ff.

Roth, Bayrisches Civilrecht. II. Teil, 2. Aufl., Besorgt von H. Becher, I. Abt. Tübingen 1897, Verlag der H. Lauppschen Buchhandlung.

Rumpf, Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817 BGB. Ein Beitrag zur Kritik des dinglichen Vertrages. In Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 117, S. 315 ff.

von Salpius, Novation und Delegation. Ein civilistischer Versuch. Berlin 1864, Verlag der Königlichen Geheimen Oberhofbuchdruckerei (R. v. Decker).

von Savigny, System des heutigen römischen Rechts. III. Bd., Berlin, 1840. Bei Veit und Comp.

von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts. Berlin. Bei Veit und Comp. I. Bd. 1851. II. Bd. 1853.

Schlesinger, Zur Lehre von den Formalcontracten. Leipzig 1858, Verlag von S. Hirzel.

Schreiber, Abhängigkeit des Erfüllungsgeschäfts vom obligatorischen Vertrage bei anfechtbaren und unsittlichen Rechtsgeschäften. In Gruchots Beitr., 52. Jhrg., S. 515 f.

Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., 1902, Leipzig. Bei Veit und Comp.

Schulz, Prinzipien des Römischen Rechts. Vorlesungen. Verlag von Duncker und Humblot, 1934.

Siber, Die Frage der Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht. In Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Sohm zum 8. Juli 1914, München und Leipzig 1915. Verlag von Duncker und Humblot.

Siber, Römisches Recht. II. Römisches Privatrecht. 1928, Berlin. Verlag Hermann Sack.

Siméon, Recht und Rechtsgang. I. Bd., 1. Hälfte. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allg. Teil, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1928, C. Heymanns Verlag.

Lindemann, Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1921, Berlin, Stuttgart, Leipzig. Verlag W. Kohlhammer.

Sohm, Zur Geschichte der Auflassung. In Festgabe zum Doktorjubiläum von Thöl, überreicht von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Straßburg. S. 79 ff., Straßburg, Verlag von Karl Trübner, 1879.

Staffel, Ein Beitrag zur Lehre vom dinglichen Vertrag. In Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß. 9. Bd., S. 360 ff.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. München, Berlin, Leipzig, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). I. Bd., Allg. Teil. Erl. von Loewenfeld u. Riezler. 9. Aufl., 1925. II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse. 1. Teil. Erl. von Werner. 9. Aufl., 1930. III. Bd., Sachenrecht. 1. Teil. Erl. von Kober. 9. Aufl., 1926.

Stintzing, Die Übertragung beweglicher Sachen nach Deutschem Bürgerlichen Recht mit Heranziehung des gemeinen und römischen Rechts. Leipzig, Johannes Wörners Verlag.

Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. In Jhr. Jhrb., Bd. 27, S. 335 ff.

Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch. In LZ. 1909, S. 610 ff.

von Szladits, Der neue Entwurf des Zivilgesetzbuches für Ungarn. In DJZ. 1928, S. 1226 ff.

von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. 1. Halbband, 1924, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd., 1. Hälfte. Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft. München und Leipzig 1914. Verlag von Duncker und Humblot.

von Tuhr, Eigentumserwerb aus unsittlichem Vertrag. In Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 120, S. 1 ff.

von Tuhr, Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht. In Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 62. Bd., S. 40 f.

von Tuhr, Der 78. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. In DJZ. 1912, S. 1267 ff.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. II. Bd., 3. Aufl., Leipzig 1868. Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Bd., 9. Aufl. Unter vergleichender Darstellung des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bearbeitet von Kipp. (Der Neubearbeitung 2. Aufl.). 1906, Frankfurt a. M. Literar. Anstalt Rütten und Loening.

Wüstendörfer, Die Deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung. In Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 110, S. 219 ff.

Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des französischen Zivilrechts. 6. Aufl. Herausg. von Puchelt. I. Bd., 1875, Mohrs Verlag, Heidelberg.

Zehntbauer, Einführung in die neuere Geschichte des ungarischen Privatrechts. Freiburg (Schweiz), Universitätsbuchhandlung, 1916.

Entscheidungssammlungen

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. (Gruchot.)

Deutsche Justiz.

Höchstrichterliche Rechtsprechung.

Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen.

Juristische Wochenschrift.

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Das Recht. Rundschau für den Deutschen Juristenstand.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.

§ 1. Einleitung

Diese Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, einen der großen Grundsätze des geltenden sog. Bürgerlichen Rechts — nämlich die begrifflich juristische Trennung wirtschaftlich zusammengehöriger Lebensvorgänge aus der Dynamik des Rechtslebens in kausale Grundgeschäfte und abstrakte Erfüllungsgeschäfte (s. Anm. 1) — einer rechtspolitischen Betrachtung zu unterziehen. Das erwähnte Prinzip gehört im geltenden Recht auf der einen Seite zu den technischen Fundamenten überkommener juristischer Arbeits- und Denkweise, und auf der anderen Seite kommen darin die großen begrifflichen Zusammenhänge des Gesamtgefüges des BGB. insofern zum Ausdruck, als damit die scharfe Kluft zwischen dem Sach-Warenrecht und dem Schuldrecht, die zentrale Stellung des Kondiktionenrechts und das Verhältnis der condictio zur rei vindicatio zusammenhängt.

In der Zeit der modernen Rechtswissenschaft hat dieses Problem verschiedentlich im Mittelpunkt des Interesses gestanden und oft wurde dagegen angefochten. In erster Linie ist hier an die Beeinflussung des Eigentumsbegriffs und des Eigentumsübergangs durch Savigny zu denken, der eigentlich die Trennung beider Geschäfte in das Rechtsleben eingeführt hat. (s. Anm. 2.) Doch sei hier gleich erwähnt — was im Laufe der Arbeit noch ausgeführt sein wird —, daß rechtspolitische Erwägungen bei Savigny keine große Rolle spielten.

Anm. 1. Im Laufe der Arbeit wird diese heute wohl allgemein übliche sprachliche Bezeichnung beibehalten. Unter kausalem Grundgeschäft ist hiernach das zwischen den Parteien, die in Rechtsbeziehungen zueinander treten, bestehende Schuldverhältnis zu verstehen, während unter abstraktem Erfüllungsgeschäft das nach geltendem Recht notwendige Vertragsverhältnis zusammengefaßt wird, das nur die Rechtsübertragung allein ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund zum Inhalte hat.

Für diese sprachliche Einordnung vgl. z. B. K. d. RGR. I. Bd. S. 183. Die gewählte Ausdrucksweise entspricht auch der des RG. vgl. z. B. RGZ. Bd. 109/201 ff. Eine einheitliche Bezeichnung hat sich heute noch nicht durchsetzen können. z. B. spricht Lehmann, Allg. Teil 1928, S. 142, mehr von abstrakter Verfügung oder Vollzugsgeschäft.

Als Beispiel der Erfüllungsgeschäfte wird meistens die Eigentumsübertragung gewählt, doch wird auch auf andere Beispiele aus dem Gebiete des Rechtsverkehrs zurückgegriffen werden.

Anm. 2. Es sei hier auf die Schrift von Felgentraeger: „Friedrich Karl von Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre" verwiesen. vgl. weiter unten die geschichtlichen Ausführungen.

Auf diesem durch Savignys Lehre vorbereiteten Boden erfolgte die Redaktion unseres BGB. Auch hierbei standen bezüglich unseres Problems Erwägungen der Zweckmäßigkeit und der Rechtspolitik nicht allzusehr im Vordergrund; gestritten und argumentiert wurde hauptsächlich mit der Bedeutung der justa causa der römisch-rechtlichen traditio. Die meisten Stimmen, die sich Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts erhoben, nahmen diesen gemeinrechtlichen Streit zum Ausgangspunkt, indem nicht etwa gefragt wurde: „Entspricht unsere Regelung auch wirklich den Erfordernissen unseres Rechtslebens, unserm Rechtsempfinden?", sondern indem gefragt wurde: „Entspricht unsere Regelung dem römischen Recht, sofern es die Quellen erkennen lassen?" Romanisierende Tendenzen und durch römisch-rechtliche Denkweise beeinflußte Rechtswissenschaft drückten dieser Zeit den Stempel auf. Doch erhoben sich auch mahnende Stimmen, es sei hier nur an Strohal erinnert. (Anm. 3.)

Die Literatur nach dem Inkrafttreten des BGB. beschäftigte sich vor allem mit der Frage, ob es nach geltendem Recht möglich wäre, das herrschende Prinzip auf dem Boden des geltenden Gesetzes einzuengen und seine praktischen Auswirkungen zu beschneiden. Doch ist der eigentliche Kampf nie ganz zur Ruhe gekommen.

Mit der neuesten Zeit ist durch die nationalsozialistische Revolution ein ganz neuer Inhalt in die Rechtswissenschaft gekommen. Die Forderung nach Einheit der Geisteshaltung und Einheit der Weltanschauung muß sich in einem volksnahen Recht verwirklichen. Mit dem Ziel „Rechtssicherheit, Rechtswahrheit und Rechtsklarheit" muß an eine organische Reform des BGB. zu einem deutschen Recht herangetreten werden. (s. Anm. 4.) Hierbei müssen nun zunächst die großen Richtlinien für den Neuaufbau und die neuen Funktionen im Rechtsleben herausgestellt werden. (s. Anm. 5.) Das sind die Aufgaben der Rechtspolitik. Und nur mit dieser Zielsetzung und dieser Arbeitsweise, die die logisch-konstruktive Arbeitsweise abgelöst hat, läßt sich an einen Neuaufbau im Sinne der Totalität nationalsozialistischer Weltanschauung herantreten.

Anm. 3. vgl. Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in Jhr. Jhrb. 27. Bd. S. 335 ff.

Anm. 4. vgl. Reichsminister Dr. Frank auf der Reichstagung der DAF. in Leipzig, Deutsches Recht 1935, S. 192.

Anm. 5. vgl. Barth, Leiter des Amts für Rechtspolitik im Reichsrechtsamt der NSDAP., „Gedanken zur Rechtspolitik", Deutsches Recht 1935 S. 223.

Es ist selbstverständlich, daß gerade das geltende Prinzip der Unabhängigkeit der Erfüllungsgeschäfte von den zugrunde liegenden Kausalgeschäften als Hauptrichtpunkt der Rechtsdynamik des bestehenden bürgerlichen Rechts einer Untersuchung in dieser Richtung bedarf.

Der Aufbau der Arbeit ergibt sich aus folgenden Gesichtspunkten: In Anbetracht dessen, daß das geltende Recht nie das logische Ergebnis eines bloßen Denkvorganges sein darf, sondern etwas organisch Gewachsenes und völkisch Bedingtes ist, sind im I. Teil die historischen Grundlagen der geltenden Regelung zu untersuchen. Im II. Teil wird der genaue Stand der herrschenden Rechtsprechung aufgezeichnet; denn nur hieraus lassen sich rechtspolitisch berechtigte Schlüsse in bezug auf das Für und das Wider des bestehenden Rechtszustandes ziehen. Der III. Teil endlich dient der kritischen Würdigung und rechtspolitischen Betrachtung einmal auf der Grundlage des geschichtlichen Bildes und dann auf der Grundlage des heutigen Standes der Rechtsprechung.

I. Teil

Die geschichtlichen Grundlagen der geltenden Regelung

§ 2. Das römische Recht

I. Die Eigentumsübertragung

Die starke Beeinflussung, die unser Rechtsleben seit der Rezeption durch das römische Recht erfahren hat, verlangt ein Eingehen auf die römisch-rechtliche Einstellung zu dem Grundsatz der Unabhängigkeit des sog. dinglichen Rechtsgeschäfts von dem obligatorischen Grundgeschäft. Diese Darstellung ist um so notwendiger, als die Motive sich nicht mit der Aufstellung dieses Prinzips begnügt haben (s. Anm. 6), um daraus die beherrschende und wesentliche Bedeutung des Kondiktionenrechtes herzuleiten, sondern sie beziehen sich zur Begründung auf die Grundlage des römischen Rechts. (s. Anm. 7.)

Bei der Darstellung ist zunächst auf den wohl häufigsten Fall des Erfüllungsgeschäfts — auf die Eigentumsübertragung — einzugehen. Das römische Recht kennt, so wie es sich uns aus den Quellen und der gemeinrechtlichen Literatur darbietet, drei Arten des Erwerbes von Eigentum.

Anm. 6. vgl. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, S. 3.

Anm. 7. vgl. wie bei Anm. 6. III. Bd., Sachenrecht, S. 6.

a) Die mancipatio

Die mancipatio als streng formgebundener Vorgang hatte ihre ursprüngliche Bedeutung beim Kauf, jedoch nicht mehr in der klassischen Zeit des römischen Rechts, da der Kauf dann formlos geschlossen wurde. Sie diente aber selbst dann noch zur Erfüllung des Kaufvertrages. Es war jedoch auch ein anderer Rechtsgrund möglich. (s. Anm. 8.) Der mancipatio als Eigentumserwerbsart, die im Vergleich zur traditio älteren Ursprungs ist, unterlagen die sog. res mancipi(i); an diesen konnte der Eigentumserwerb nur durch die in jure cessio, nicht aber durch die traditio ersetzt werden. Im justinianischen Recht fiel die mancipatio weg, und bei den res mancipii griff auch jetzt die traditio Platz. (s. Anm. 9.)

Die mancipatio ist als abstraktes dingliches Übereignungsgeschäft zu bezeichnen. (s. Anm. 10.) Jedoch hält die mancipatio der Form nach noch an dem Gedanken der Notwendigkeit des Kausalmomentes fest; denn sie motiviert die Eigentumsübertragung mittels eines von der anderen Seite sofort erfüllten Scheinkaufs. (s. Anm. 11.) Es ist in diesem Zusammenhang auch erwähnenswert, daß in den uns überlieferten Mancipationsurkunden überall die causa sorgfältig angegeben ist: z. B. fidi fiduciae causa mancipatio accepit, donationis causa mancipio accepit und dgl. (s. Anm. 12.)

b) Die in jure cessio.

Diese Art des Eigentumserwerbs war ebenfalls stark formal und abstrakt. Sie galt für res mancipi und res nec mancipi. Bei der in jure cessio fehlt auch jede Bezugnahme auf irgendein Kausalmoment. Als Erfüllungsgeschäft entspricht ihr Verhältnis zum Grundgeschäft dem Unabhängigkeitsgrundsatz des BGB. (s. Anm. 13.)

Anm. 8. vgl. Siber, Römisches Recht, II. Römisches Privatrecht, S. 78.

Anm. 9. vgl. Jörs, Geschichte und System des Römischen Privatrechts, S. 85/87.

Anm. 10. vgl. Siber, a. a. O. S. 78.

Anm. 11. vgl. Jhering, Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, III. Teil, 1. Abt., S. 200/201.

vgl. auch Kriegsmann, Der Rechtsgrund (causa) der Eigentumsübertragung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 24.

Anm. 12. vgl. Lenel, Quellenforschungen in den Ediktcommentaren, in Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, III. Bd., Rom. Abt., S. 179, nach Urkunden in der Abt. „negotia" der Bruns'schen fontes.

Anm 13. vgl. im einzelnen: Siber, Römisches Recht, II. Römisches Privatrecht, S. 78.

Jörs, Geschichte und System des römischen Privatrechts, S. 85.

Jhering, Geist des Römischen Rechts, III. Teil, 1. Abt., S. 201.

c) Die traditio

Während die mancipatio und in jure cessio formenstrenge und uns fremde Rechtsgebilde sind, da sie ja schon in der klassischen Zeit des römischen Rechts ihre Bedeutung verloren hatten, ist die traditio für die Beeinflussung unseres Rechts und besonders für das Problem der Unabhängigkeit von größter Bedeutung.

Die traditio enthält einmal einen Besitzwechsel, sie überträgt aber auch das Eigentum unter noch näher zu kennzeichnenden Voraussetzungen. (s. Anm. 14.)

Es ist nämlich in der gemeinrechtlichen Literatur — und auch heute spielt dieser Streit noch eine wesentliche Rolle — bestritten gewesen, ob es zur Eigentumsübertragung genügt, daß neben der Besitzübergabe beide Teile darüber einig sind, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll (animus dominii transferendi et adquirendi), oder aber, ob noch ein rechtsgültiges obligatorisches Rechtsgeschäft zugrunde liegen muß. Der Streit besteht vor allem über die Bedeutung der justa causa traditionis.

Dieser Streit, dem auch die folgenden Ausführungen gewidmet sind, betrifft also die Frage: Wie war die Regelung des römischen Rechts bei der traditio, ehe sie durch die Rezeption bei uns Eingang fand?

Diese wissenschaftliche Frage an Hand der Quellen enthält aber nur die eine Seite des Problems. Auf der anderen Seite steht eine jahrhundertelange Entwicklung, an deren Wendepunkt Savigny und sein Einfluß auf die Eigentumsübertragung steht. Es zeigt sich nämlich, daß vor Savigny die Rechtslehre gar nicht daran gezweifelt hat, daß die Übertragungsart der traditio nicht abstrakt, sondern in ihrer Wirksamkeit durch die Gültigkeit des obligatorischen Geschäfts bedingt ist. Savigny ist der erste, der überhaupt einen besonderen dinglichen Vertrag konstruiert. (Anm. 15.) Erst durch Savigny erfolgt die Einführung der Abstraktionstheorie in das Rechtsleben.

Wenn vorher die Anhänger der Naturrechtsschule und schon Grotius die Eigentumsübertragung nudo pacto gepredigt hatten,

---

Anm. 14. vgl. Jörs, a. a. O. S. 85/86.

Anm. 15. vgl. Breyhan, Abstrakte Übereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung, S. 121.

Neuner, Abstrakte und kausale Übereignung beweglicher Sachen, Rhein. Z., 1925, S. 21.

Pernice, Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften, Zeitschr. f. d. Ges. Handelsrecht, 25. Bd., S. 109.

von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1850, III., 312/13. Aber auch in seinen anderen Schriften, z. B. Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. I. Bd.

so meinten sie damit nicht den jetzigen sog. dinglichen oder abstrakten Vertrag, sondern den Vertrag mit dinglicher Wirkung (das bedeutet in der damals herrschenden Lehre vom titulus und modus adquirendi: titulus gleich modus). Dieser Vertrag mit dinglicher Wirkung ging später (1804) — wie noch auszuführen sein wird — in den Code civil über. (s. Anm. 16.)

Diesen Vorgang hat Felgentraeger in seiner Schrift nachgewiesen. Er hat vor allem dargelegt, daß Savigny, schon ehe er in seinen Schriften die Lehre vom dinglichen Vertrag vertrat, von seinem Lehrstuhl aus und durch den Einfluß seiner Schüler seine Ansicht zur herrschenden machte. Und ferner hat er genau nachgewiesen, daß erst von da ab — also etwa seit Beginn des 19. Jahrhunderts — die Trennung des Gesamtvorganges in Grund- und Erfüllungsgeschäft erfolgte.

Abgesehen von dieser Entwicklung ist über den wissenschaftlichen Streit nach der justa causa traditionis noch folgendes auszuführen:

In den Quellen finden wir diesen Begriff an verschiedenen Stellen:

Gai. 2, 20: Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.

Ulp. 19, 7: Traditio propria est alienatio rerum nec manc ipi. Harum rerum dominium ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis.

L. 31 pr. D. de acquir. rer. dom. 41, 1 (Paulus): Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

§ 41 Inst. de rer. divis. 2., 1: Sed si quidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradentur, sine dubio transferuntur.

In folgendem werden auch gleich noch die Quellen angeführt, aus denen die Gegenmeinung glaubt schließen zu können, daß es einer gültigen causa nicht bedarf:

L. 36 D. de acquir. rer. dom. 41., 1 (Julian): Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur in efficax sit traditio, velut si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu eum deberi. Nam et si pecuniam

Anm. 16. vgl. Breyhan, Abstrakte Übereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung, S. 121.

Felgentraeger, Von Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, S. 4/13.

Kämpny, Ist die Tradition im Römischen und Gemeinen Recht ein abstrakter oder kausaler Vertrag? Greifsw. Diss. 1899, S. 1 ff.

numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

und

L. 18 pr. D. de reb. cred. 12., 1 (Ulpian): Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia oppinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

Soweit die Quellen.

Die eine Ansicht schließt nun hieraus — gestützt vor allem auf Gai. 2, 20; Ulp. 19, 7; L. 31 pr. D. de adquir. rer. dom. 41, 1 (Paulus) und § 41 Inst. de rer. divis. 2., 1 —, daß die iusta causa für den Eigentumserwerb ein selbständiges Wirksamkeitserfordernis neben der Besitzübergabe sei. (s. Anm. 17.) Selbst das unzweifelhafte Vorhandensein des animus dominii transferendi et adquirendi genügt nicht, wenn im wirksamen Kausalgeschäft nicht ein genügender Rechtfertigungsgrund vorhanden war. (s. Anm. 18.) Somit sei die iusta causa ein konstitutives und nicht ein deklaratorisches Element der Übereignung. (s. Anm. 19.) Die Vertreter dieser Ansicht müssen sich natürlich mit dem nach außen hin erscheinenden Widerspruch abfinden, der sich aus den Quellen (L. 36 de adquir. rer. dom. 41, 1 Julian und L. 18 pr. D. de reb. cred. 12., 1 Ulpian) ergibt. Es würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, diese Lösungsversuche alle darzustellen.

Genau vor derselben Frage — nur im umgekehrten Sinne — steht die andere Ansicht, daß die Gültigkeit eines wirksamen Grundgeschäfts nicht erforderlich sei, um den Rechtserwerb herbeizuführen, daß vielmehr der bloße Eigentumsübertragungs- und -erwerbswille genüge. Die der traditio zugrunde liegende causa soll Erkenntnisquelle für den Eigentumsübertragungswillen und nicht dasjenige sein, was ihm erst rechtlichen Bestand gibt. (s. Anm. 20.)

Anm. 17. vgl. Siber, Römisches Recht, II, Römisches Privatrecht, S. 74.

Anm. 18. vgl. Fitting, Über das Wesen des Titels bei der Ersitzung, S. 407.

Anm. 19. vgl. Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht. II. Abt. 1. Hälfte, S. 47 ff., insbes. auch S. 52. vgl. vor allem die Bezugnahme auf L. 31 pr. D. de. adquir. rer. dom. 41., 1 (Paulus), wo in dem „numquam nuda traditio . . ." die Abhängigkeit der Übereignung von der iusta causa so unzweideutig wie möglich ausgesprochen ist.

Anm. 20. vgl. vor allem mit einer sehr guten und umfassenden Darstellung der beiden Meinungen unter Berücksichtigung der Variationen in

Zu erwähnen bleibt noch, daß die Rechtsprechung des vorigen Jahrhunderts vor dem BGB. in der Hauptsache den Eigentumsübertragungswillen genügen läßt:

„Eine causa traditionis . . . bildet keine absolut notwendige Bedingung der Eigentumstradition in dem Sinne, daß ohne ein besonderes, derselben zugrunde liegendes gültiges Rechts-

der Literatur Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Bd., S. 883 ff., insbes. S. 884 und 889.

In folgendem sei neben den Zitaten bei Windscheid noch kurz auf die hauptsächlichste Literatur verwiesen:

Für eine Abhängigkeit der traditio von der causa haben sich im einzelnen ausgesprochen:

vgl. Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht, II. Abt. 1. Hälfte, S. 47 ff., insbes. S. 47.

Eisele, Civilistische Kleinigkeiten, III. Das Verhältnis von 1. 18. pr. de reb. cred. (12, 1) zu 1. 36 de adquir. rer. dom. (41, 1) in Jhr. Jhrb. Bs. 23, S. 1 ff., insbes. S. 7, 14. Er führt aus, daß allen römischen Juristen der klassischen Zeit die Ansicht gemeinsam war, daß die Tradition Kausalvertrag sei.

Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht, S. 331 ff. Er gibt zu, daß es neben den Fällen, wo Mängel in der causa der Gültigkeit der Tradition nicht im Wege stehen, solche gibt, wo wegen der non iusta causa dem Nehmer nicht nur das Behalten, sondern schon das Erhalten der Sache verwehrt sei, z. B. bei der donatio inter virum et uxorem. Weitere Beispiele S. 332, 333.

Hierher gehört auch, daß der Käufer, wenn ihm auf Grund eines abgeschlossenen Kaufs die Ware tradiert wird, erst dann Eigentümer wird, wenn er den Kaufpreis gezahlt, sichergestellt oder kreditiert erhalten hat. S. 332.

Über den griechischen Ursprung dieses Satzes vgl. Pringsheim, Der Kauf mit fremdem Geld, S. 53, 82.

vgl. ferner Fitting, Über das Wesen des Titels bei der Ersitzung im Arch. f. Civilistische Praxis, 52. Bd., S. 406 ff.

vgl. Gradenwitz, Die Ungültigkeit Obligatorischer Rechtsgeschäfte, S. 35, für die erpreßte Tradition.

vgl. Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, S. 204—288.

Derselbe, Der Römische Civilprozeß zur Zeit der Legisactionen, S. 43, Anm. 3, für die Tradition ex causa emptionis.

Derselbe, Römische Rechtsgeschichte, II. Bd., 1. Teil, S. 417/18.

vgl. ferner Pflüger, Zwei Digestenstellen, in Bonner Festgabe für Ernst Zitelmann, S. 41 ff.

Endlich Siber, Römisches Recht, II, Römisches Privatrecht, S. 74, für die Unabhängigkeit der traditio von der causa.

vgl. ferner folgende: Exner, Rechtserwerb durch Tradition, S. 331, insbes. aber S. 321: „Den Satz, daß der in der Tradition sich vollziehende dingliche Vertrag in seiner Wirkung durchaus unabhängig ist vom Bestehen oder Nichtbestehen einer bezüglichen Obligation, kann man als einen der unzweifelhaftesten Grundsätze des römischen Sachenrechts betrachten."

Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht, II. Abt. 1. Hälfte, S. 47.

Girard, Geschichte und System des römischen Rechts, S. 321/22.

Goldschmidt, Die querella non numeratae pecuniae und die Reichsprozeßordnung, in Jhr. Jhrb. Bd. 24, S. 43.

Ein Italiener — De Francisci, Il transferimento della proprietà (1924) — hat eine eigentliche Übertragung des Eigentums geleugnet. Hiergegen

geschäft das Eigentum durch die Tradition nicht überginge; die sogenannte causa kommt vielmehr nur als ein Kennzeichen des auf Eigentumstradition wirklich gerichteten Willens der Handelnden in Betracht, welche letztere neben der Besitzesübergabe das materiell allein Entscheidende ist." (s. Anm. 21.)

Doch findet sich auch in der Rechtsprechung die entgegengesetzte Ansicht, so daß sich auch hier kein einheitliches Bild ergibt:

„Der Vertrag ist als Kaufvertrag unverbindlich, und damit fällt schon die Eigentumsübertragung. Es kann nicht zugegeben werden, daß hierzu der übereinstimmend erklärte Wille, Eigentum zu geben und zu nehmen, ausreicht, sondern es kommt auch wesentlich darauf an, ob das der Willenserklärung zugrunde liegende Rechtsgeschäft rechtsverbindlich ist oder nicht." (s. Anm. 22.)

Ein Überblick über die gesamte vorliegende Literatur und Rechtsprechung kann kein befriedigendes Bild bzw. keine überzeugende Lösung zeigen. Dieses Problem gehört zu denen, die nicht mit einem Schlage gelöst werden können. (s. Anm. 23.) Ja, ich möchte noch weiter gehen und mich auf den Standpunkt stellen, daß das Problem mit der hergebrachten Betrachtungsweise überhaupt nicht zu lösen ist. Alle Versuche mit den Mitteln einer rein intellektualistischen, verstandesgemäßen Jurisprudenz — mögen sie noch so geistreich und scharfsinnig sein — können angesichts des oben angeführten Widerspruchs der Quellen nur Hypothesen sein.

Als Ergebnis ist nur so viel festzuhalten, daß jedenfalls nicht bewiesen werden kann, daß die römisch-rechtliche traditio ein abstrakter dinglicher Vertrag war. Und weiterhin ist festzu-

---

Lenel, Interpolationenjagd, in Zeitschr. der Sav.-Stiftung für Rechtsgeschichte, 45. Bd. Rom. Abt., S. 30.

Zu den widersprechenden Quellen ebenfalls Lenel, Quellenforschungen, in den Ediktcommentaren, Zeitschr. der Sav.-Stiftung für Rechtsgeschichte III. Bd. Rom. Abt., S. 114/15, S. 178/79.

vgl. auch Siber, Die Frage der Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht, in Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Sohm, S. 17 ff. Anm. 2.

vgl. Schlesinger, Zur Lehre von den Formalcontracten, S. 11.

Anm. 21. So Seufferts Archiv 33. Bd. Nr. 108, S. 150. (Hier spiegelt sich vollständig die herrschende gemeinrechtliche Doktrin des vorigen Jahrhunderts wider.)

Ähnlich Seufferts Archiv, Bd. 14, Nr. 90, S. 629.
" " " Bd. 19, Nr. 122, S. 662, 663.
" " " Bd. 10, Nr. 231, S. 852.
" " " Bd. 54, Nr. 6, S. 13.

Anm. 22. So Seufferts Archiv, Bd. 45, Nr. 76, S. 136.

Ähnlich Seufferts Archiv, Bd. 36, Nr. 99, S. 143/144.

Anm. 23. So Beseler, Miscellanea, Tradition und causa, in Zeitschrift der Sav.-Stiftung für Rechtsgeschichte, 45. Bd. Rom. Abt., S. 221.

halten, daß die Römer eine Abhängigkeit des Eigentumserwerbs von der causa, wenn vielleicht nicht als unbedingten Grundsatz, so doch zum mindesten gekannt haben.

II. Die Zession

Als weiteres Vergleichsbeispiel sei die römische Regelung der — heute abstrakten — Forderungsabtretung angeführt. Das römische Recht kannte nun ursprünglich wohl eine Gesamtrechtsnachfolge auch in Forderungen, aber keine Sonder- oder Einzelnachfolge. (s. Anm. 24.)

Es entwickelte sich zunächst auf prozessualem Gebiet die hier nicht weiter interessierende und nur gekennzeichnete actio mandata. Es erfolgte also die Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten, der sich als sog. procurator in rem suam legitimieren mußte, mit der Ermächtigung, die Forderung im Namen des Gläubigers durch actio alieno nomine mit Subjektsumstellung einzuklagen und den beigetriebenen Betrag für sich zu behalten. (s. Anm. 25.)

Auf diesem Wege ging die Entwicklung weiter. Später entstand die unserer Abtretung ähnliche actio utilis. Hierbei war nach richtiger Ansicht eine causa cessionis erforderlich. Der Zessionar mußte nämlich aus einem konkreten Rechtsgeschäft klagen; er mußte als Käufer, Dotalberechtigter, Schenknehmer der Forderung oder als etwas Ähnliches auftreten. Daher war die Gültigkeit des Grundgeschäfts immer Voraussetzung für ein obsiegendes Urteil; denn die Rechtsstellung des Zessionars ergab sich eben nicht aus einem abstrakten Forderungsübertragungsgeschäft, sondern aus einem Kausalgeschäft (Kauf usw.). (s. Anm. 26.)

Diese Eigenart des römischen Rechts ist im Laufe der Entwicklung des gemeinen Rechts verlorengegangen. Dagegen war bis in das 18. Jahrhundert zur Gültigkeit einer Zession noch der Nachweis einer causa erforderlich. (s. Anm. 27.) Auch Karlowa

Anm. 24. vgl. Jörs, Geschichte und System des Römischen Privatrechts, 140.
vgl. Siber, II., Römisches Privatrecht, S. 287.

Anm. 25. vgl. im einzelnen Jörs, a. a. O., S. 140/41, Siber, a. a. O., S. 287/88.

Anm. 26. vgl. im einzelnen über die Entwicklung Siber, a. a. O., S. 288/89, Jörs, a. a. O., S. 141.
Über die Abhängigkeit der Forderungsabtretung von dem Grundgeschäft: von Salpius, Novation und Delegation, S. 418.
Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, S. 260/71.
Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, S. 456.
Auch Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in Jhr. Jhrb. 27. Bd., S. 390.

Anm. 27. von Salpius, Novation und Delegation, S. 418.

(s. Anm. 28) führt aus, daß im Laufe einer langsamen Entwicklung der Gerichtsgebrauch mit immer geringeren Bedenken der Ansicht folgt, daß zur Aktivlegitimation des Zessionars bei Geldforderungen nur noch der Beweis der Zession, nicht mehr der Beweis der unterliegenden causa zu fordern ist.

Die Parallele der Behandlung zur traditio liegt unbedingt auf der Hand. Es zeigt sich hier wiederum die Tendenz der gemeinrechtlichen Doktrin seit etwa 1800, die bis dahin als zusammengehörig behandelten wirtschaftlichen Lebensvorgänge auf dem Wege der Konstruktion zu teilen und zu zergliedern und den so entstehenden Teilen rechtlich ein gesondertes Eigenleben zu geben.

III. Andere Fälle der Rechtsübertragung

Auch bei anderen Geschäften tritt im römischen Recht eine Abhängigkeit von dem kausalen Vorgang ein, z. B. bei der Servitutbestellung und der Übertragung des Urheberrechts. (s. Anm. 29.) So muß bei der Servitutbestellung in einem Provinzialgrundstück die Bestellung pactionibus und stipulationibus bewirkt werden, wobei die formlose auf Einräumung der Servitut gerichtete pactio sich auf eine geeignete Kausalberedung stützen mußte. (s. Anm. 30.)

§ 3. Deutsch-rechtliche Sale und Investitur

Die Motive stützen sich zur Begründung auch auf das deutsch-rechtliche Institut der Auflassung. (s. Anm. 31.)

Hierbei ist nun zu beachten, daß die Rezeption des römischen Rechts die Entwicklung des eigentlichen deutschen Grundrechts störte. Das römische Recht mit seiner Gleichbehandlung von Mobilien und Immobilien wurde gemeines Recht. (s. Anm. 32.) Es ist aber wahrscheinlich, daß auch die nach der Rezeption noch bestehenden Partikularrechte in ihrer Entwicklung von römisch-rechtlich-gemeinrechtlichen Gedankengängen beeinflußt wurden, und daß sich deshalb später der Grundzug deutschen Rechts nicht mehr genau feststellen läßt. Um den eigentlichen Charakter einer deutsch-rechtlichen Regelung zu erkennen, ist daher auf die ältere Zeit zurückzu-

Anm. 28. Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, S. 270/71.
Anm. 29. vgl. Strohal, a. a. O., S. 390.
Anm. 30. So Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, S. 223/225.
Anm. 31. Motive, III. Bd., S. 6.
Anm. 32. vgl. Wolff, Sachenrecht, S. 72.

gehen. Nach wohl herrschender Ansicht (s. Anm. 33) geschah der Eigentumserwerb ursprünglich durch körperliche, auf dem Grundstück selbst vorgenommene Übergabe (Investitur) und kausale Einigung über den Eigentumsübergang (Sale). Das Verhältnis von Kausalgeschäft und Rechtsübertragung muß hier also wesentlich anders aufgefaßt werden als bei dem Grundsatz der Unabhängigkeit. Der Abschluß der Sale ist das allein rechtlich relevante Rechtsgeschäft der Eigentumsübertragung. Die Investitur ist nur Besitzübertragung, nicht Veräußerungsgeschäft, keine Willenserklärungs-, sondern lediglich Willensvollziehungshandlung; Vollziehung des Willens, der in der vorausgehenden Sale bereits rechtsverbindlich erklärt ist. Die Sale ist das einzige veräußernde Rechtsgeschäft. Aber trotzdem ist die Investitur für den Erwerb des Eigentums am Grundstück von erheblicher rechtlicher Bedeutung; denn vor geschehener Investitur ist der noch nicht vollzogene Vertragswille ohne dingliche Wirkung. Der bloße Vertragsschluß gewährt noch nicht das Eigentum. Daher bezeichnet die Investitur zugleich den Moment des Besitzerwerbes und des Eigentumserwerbes. Aber die Investitur ist trotzdem nicht der Grund des Eigentumserwerbes am Grundstück. Die Gewere ist nicht causa efficiens, sondern nur condictio sine qua non für den Eigentumserwerb.

So ergibt sich, daß der Vertragsschluß (die Sale) den Grund des Eigentumserwerbs darstellt, die Investitur den Augenblick. (s. Anm. 34.)

Strohal (s. Anm. 35) schließt hieraus, daß Mängel der Sale in rem geltend gemacht werden können.

Für das deutsche Recht kann jedenfalls nach h. M. zum mindesten der Satz aufgestellt werden, daß bei der Eigentumsübertragung — gleichgültig, ob es sich um Fahrnis oder um unbewegliche Sachen handelte — das dingliche Übereignungsgeschäft und das obligatorische Grundgeschäft nicht auseinandergehalten wurden. (s. Anm. 36.)

Anm. 33. vgl. Wolff, Sachenrecht, S. 71.

vgl. Sohm in der Festgabe für Thöl, „Zur Geschichte der Auflassung", S. 97 ff. vgl. Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft, in Jhr. Jhrb. Bd. 27, S. 426. Doch ist diese Ansicht nicht unwidersprochen geblieben, vgl. Strohal, a. a. O., S. 427.

Anm. 34. Literatur hierzu wie Anm. 33.

Anm. 35. vgl. Strohal, a. a. O., S. 427.

Anm. 36. vgl. im einzelnen:

Bechmann, Geschichte des Kaufs im Römischen Recht, S. 611 (bes. Anm. 1).

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 25, Anm. 4.

§ 4. Dem BGB. vorhergehende Kodifikationen

I. Das französische Recht (Code civil)

Bis zur großen Revolution hatte Frankreich kein eigentliches einheitliches Zivilgesetzbuch. Die Provinzen des französischen Reichs wurden in Länder des geschriebenen Rechts (pays du droit écrit) und in Länder des Gewohnheitsrechts (pays du droit coutumier) gegliedert. Das droit coutumier war nun — wie festgestellt wurde — germanischen Geistes. (s. Anm. 37.) In den pays du droit écrit dagegen hatte sich vor allen Dingen römisches Recht durchgesetzt, wenn die Rezeption in Frankreich auch imperio rationis et non ratione imperii (s. Anm. 38) erfolgt war, und daher auch in den Ländern des geschriebenen Rechts der übereinstimmende Gerichtsgebrauch dem römischen Recht vorging.

Das droit coutumier — germanisch-deutschen Ursprungs — setzte sich nun auch im Code civil durch; denn in der Gesetzgebungssektion stammte die Mehrheit der Mitglieder aus den Ländern des Gewohnheitsrechts. (s. Anm. 39.)

Es kann also der Satz wohl als begründet gelten, daß der Rechtszustand — so wie er sich im Code civil uns darstellt — ein gutes Hilfsmittel zur Erkennung alten deutschen Rechtsgutes ist.

Die Regelung des französischen Rechts zur Frage des Verhältnisses zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft findet ihren besten Ausdruck in folgendem Satz des Code civil: „La propriété des biens s'acquiert et se transmet par l'effet des obligations" (Art. 711 c. c.). vgl. auch Art. 1138 II c. c.: „Elle (l'obligation de livrer la chose) rend le créancier propriétaire."

Hieraus ergibt sich, daß der Eigentumsübergang grundsätzlich nicht auf einem besonderen Rechtsgeschäft neben dem Grundgeschäft beruht, sondern daß der Erfolg des Eigentumsübergangs in dem Grundgeschäft selbst seine Begründung hat.

Hofmann, Die Lehre vom titulus und modus adquirendi und von der iusta causa traditionis, S. 26 ff.

Gierke, Deutsches Privatrecht, II. Bd., S. 268 ff., auch S. 314, Anm. 37.

Prinz, Der Kampf gegen die abstrakte Eigentumsübertragung, S. 2.

Roth, Bayrisches Civilrecht, II. Teil, 1. Abt., S. 331 ff.

Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, S. 63.

Anm. 37. vgl. Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts, I. Bd., S. 17, 35.

vgl. Strohal, in Jhr. Jhrb. Bd. 27, S. 428.

Anm. 38. Furgole, Des testaments, Vorrede 11, no 132. Zitiert nach Zachariä v. Lingenthal, a. a. O., S. 17.

Anm. 39. Nach Z. v. Lingenthal, a. a. O., S. 35.

Das französische Recht hat also nicht die starre Trennung zwischen beiden Geschäften. (s. Anm. 40.)

Die unbedingte Ähnlichkeit zu der alten deutschen Regelung (vgl. § 3) des Verhältnisses von Sale und Investitur läßt hier den Schluß zu, daß wir es an dieser Stelle des französischen Rechts mit deutsch-rechtlich beeinflußtem Gedankengut zu tun haben.

II. Die Regelung des Allgemeinen Landrechts

Für die Einstellung dieses Gesetzgebungswerkes, das den Ruhm für sich in Anspruch nehmen kann, für einen großen Teil Deutschlands mit der Abhängigkeit vom römischen Recht gebrochen zu haben, kommt vor allem die Bestimmung des I 2 133 in Frage: „Die Erwerbung eines Rechts auf fremde Sachen setzt bei dem Erwerbenden ein vorhergehendes Recht zur Sache voraus." Zu dieser Vorschrift sind weiter zu nennen:

I 2 124: „Insofern dergleichen persönliches Recht das Geben oder die Gewährung einer bestimmten Sache zum Gegenstande hat, wird es ein Recht zur Sache genannt", und

I 2 127: „Dergleichen Rechte, die ihrem Gegenstande nach dinglich sind, heißen Rechte auf die Sache."

Aus der Vorschrift I 2 132: „Der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese Handlung oder Begebenheit die Kraft hat, daß dadurch das Recht erworben werden kann, wird der Titel genannt", schließt nun die hauptsächlichste Literatur des

Anm. 40. vgl. Enneccerus, I. Bd., Allg. Teil, S. 454.

vgl. Breyhan, Abstrakte Übereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung, S. 1/2.

vgl. Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft, Jhr. Jhrb. 27. Bd., S. 428, 429.

vgl. Z. v. Lingenthal, a. a. O., S. 453/454: „Alle Rechte (bei Mobilien nur für das Speciesgeschäft, nicht für das Genusgeschäft) gehen auf den Erwerber derselben schon durch die bloße Übereinstimmung der Parteien über, ohne daß es zu der Erwerbung des Rechts noch überdies einer Übergabe oder einer äußeren Feierlichkeit bedürfte."

vgl. Endemann, Besprechung, in Zeitschr. f. d. Gesamte Handelsrecht, 38. Bd., S. 327. Dieser wendet sich überzeugend gegen die Versuche, aus Art. 2279 c. c. eine Durchbrechung dieses Prinzips zu folgern. Er sieht hierin nur den deutsch-rechtlichen Grundsatz des Schutzes gutgläubiger Erwerber.

vgl. ferner:

Förtsch, Vergleichende Darstellung des code civil und des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 78 und S. 154/155.

Barre, Bürgerliches Gesetzbuch und Code civil. S. 42 ff.: Seine Ansicht ist allerdings nicht scharf formuliert. Aus der Zusammenfassung (S. 43) unter „im Gegensatz zum französischen Recht" ergibt sich aber eine zustimmende Äußerung.

vgl. auch RGZ. Bd. 1, S. 255/256, S. 417/418.

vorigen Jahrhunderts, daß das ALR. in seinen Vorschriften die römisch-rechtliche Lehre vom titulus und modus adquirendi aufnehmen wollte. Da nun aber die Rechtslehre des beginnenden 19. Jahrhunderts die Lehre vom titulus und modus adquirendi so, wie sie sich nach dem scholastischen Einfluß zur Zeit der naturrechtlichen Schule darstellte, als theoretische Verirrung erkannt hatte, blieb für diese Rechtslehre nur der Schluß, daß das ALR. in dieser Beziehung kein richtiges römisches Recht in sich aufgenommen habe. Das aber bedeutet, wie Strohal (s. Anm. 41) überzeugend ausführt, gegenüber einer Kodifikation, die die Bedeutung hat, mit dem römischen Recht zu brechen, gar kein Argument. Zu beachten ist auch, daß die theoretische Darstellung der Lehre vom titulus und modus adquirendi auf ihren Kernpunkt zurückgeführt worden ist; und dieser bedeutet nichts, als daß eine Eigentumsübertragung oder eine verwandte Rechtsübertragung nur in Verbindung mit einem diese objektiv rechtfertigenden Kausalverhältnisse vor sich gehen soll. (s. Anm. 42.)

Dem ALR. ist also grundsätzlich die strenge begriffliche Trennung des Gesamtvorganges in obligatorisches Grundgeschäft und abstraktes Erfüllungsgeschäft fremd. (s. Anm. 43.) Und zwar ist hervorzuheben, daß auch von durchaus vorsichtiger Seite zugegeben wird, daß die sog. Lehre vom titulus und modus adquirendi von deutsch-rechtlichen Reminiszenzen — vielleicht unbewußt — beeinflußt ist. (s. Anm. 44.)

Im Rahmen dieser rechtspolitischen Abhandlung ist es nur erforderlich, den Grundsatz darzulegen; die Modifikationen des ALR. selbst und vor allem die der Praxis können dahingestellt bleiben. Jedenfalls hat die Rechtslehre des vorigen Jahrhunderts es verabsäumt, neben dem Vergleich mit dem römischen Recht im Allgemeinen Landrecht deutsch-rechtliche Grundsätze zu entdecken, die Kanten der dortigen Regelung abzuschleifen und Ungenauigkeiten auszumerzen, um so ein System zu schaffen, das der gemeinrechtlichen Schule entgegenzutreten geeignet war.

Anm. 41. vgl. Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft, Jhr. Jhrb. Bd. 27, S. 430.

Anm. 42. vgl. Strohal, a. a. O., S. 431.

Anm. 43. vgl. Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Bd. I, S. 576/577.

vgl. Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reiches und Preußens, S. 186 ff., insbes. S. 187.

vgl. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Teil, S. 417 ff., insbes. S. 418, Anm. 1.

Anm. 44. vgl. Kriegsmann, Der Rechtsgrund (causa) der Eigentumsübertragung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 43.

III. Das österreichische Recht

Auch nach österreichischem Recht ist zur Eigentumsübertragung ein nach den Grundsätzen des Obligationenrechts zu beurteilendes gültiges Kausalgeschäft erforderlich. Die Mangelhaftigkeit des Kausalgeschäfts hat den Nichteintritt des rechtlichen Erfolges zur Wirkung. Diese Regelung entspricht dem Standpunkt des Codex Theresianus. Die beiden darauffolgenden Entwürfe waren zur abstrakten Übertragung gekommen. Man kehrte aber schließlich zu der Lehre vom titulus und modus adquirendi zurück. (s. Anm. 45.)

Die Ähnlichkeit der österreichischen Regelung zum Allgemeinen Landrecht liegt auf der Hand.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß auch das moderne österreichische Recht den Begriff der Übereignung als eines unabhängig von der Wirksamkeit des Kausalgeschäftes gültigen Vertrages nicht kennt. Ein Erwerb kann nur dann eintreten, wenn ein gültiges Wirtschaftsgeschäft zugrunde liegt. (s. Anm. 46.)

Auch für das österreichische Recht gilt dasselbe wie beim ALR.: Die Wissenschaft — vor allem des vorigen Jahrhunderts — hat sich in der Hauptsache damit begnügt, festzustellen, daß eine falsche theoretische Konstruktion in das Recht aufgenommen wurde. (s. Anm. 47.)

IV. Sonstige deutsche Kodifikationen vor dem BGB.

Von den übrigen deutschen Kodifikationen vor dem BGB. lassen sich deutlich nach dem Grunde ihrer Beeinflussung zwei Gruppen unterscheiden. Beide stimmen aber darin überein, daß sie den starren Grundsatz der Trennung zwischen Grundgeschäft und abstraktem Erfüllungsgeschäft nicht haben:

Im Anschluß an den Code civil ging im Bayrischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1668) sowie im Badischen

---

Anm. 45. vgl. hierzu im einzelnen: Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft, Jhr. Jhrb. Bd. 27, S. 433, 34, 35, 36.

Anm. 46. s. auch im einzelnen wie folgt:

Breyhan, Abstrakte Übereignung und Parteiwille, S. 1.

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, I. Bd. 1. Hälfte, § 56, insbes. S. 138. I. Bd. 2. Hälfte, Seite 196 ff., 207 ff., 254 ff.

Enneccerus, I. Bd. Allg. Teil, S. 454.

Neuner, Abstrakte und kausale Übereignung beweglicher Sachen, Rhein. Z. 1925, S. 9 ff., insbes. S. 23.

Randa, Das Eigentumsrecht, S. 256 ff.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II., S. 9 ff., insbes. S. 10/11.

Anm. 47. vgl. vor allem Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 85.

Auch Unger, a. a. O., S. 9/10.

Landrecht das Eigentum schon mit dem Abschluß des auf dieses abzielenden obligatorischen Vertrages über. (s. Anm. 48.)

Auf der anderen Seite sind einige Kodifikationen von demselben Gedankengut beeinflußt, wie es sich im Allgemeinen Landrecht und im österreichischen allgemeinen Gesetzbuch findet. Es wird also zwischen dem titulus und modus adquirendi unterschieden. Zu nennen sind hier der Codex Maximilianeus Bavaricus (s. Anm. 49) sowie das Württembergische Privatrecht. (s. Anm. 50.)

Zu erwähnen ist noch, daß auch das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch für den Erwerb des Eigentums an unbeweglichen Sachen eine gültige causa verlangt. (vgl. § 276.) Für die Übereignung beweglicher Sachen ließ es jedoch die Übereinstimmung der Beteiligten darüber, daß das Eigentum übergehen soll, genügen (§§ 253, 256). (s. Anm. 51.)

§ 5. Englisches, schweizerisches und ungarisches Recht

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, daß im englischen Recht — hinsichtlich beweglicher Sachen — die Einigung über Ware und Preis (sale) in der Regel sofort Eigentum überträgt. (s. Anm. 52.)

Bei dem modernen schweizerischen Recht sind dingliche Geschäfte über Grundstücke grundsätzlich kausal, Erlaß und Zession abstrakt. Bei der Übereignung von Mobilien ist die kausale Natur bestritten (s. Anm. 53.)

Anm. 48. Prinz, Der Kampf gegen die abstrakte Eigentumsübertragung, S. 5.

Anm. 49. vgl. Roth, Bayrisches Civilrecht, II. Teil 1. Abt. §§ 160 bis 162 a, S. 321 ff., insbes. S. 322, Anm. 4 u. a. m.

Anm. 50. So Prinz, Der Kampf gegen die abstrakte Eigentumsübertragung. S. 4 und Anm. 15 b.

Anm. 51. Prinz, a. a. O., S. 5.

Anm. 52. vgl. Breyhan, Abstrakte Übereignung und Parteiwille, S. 2.
vgl. Heymann, Überblick über das englische Privatrecht, in der Enzyklopädie von Holtzendorff-Kohler, II., 281 ff.

vgl. Neuner, Abstrakte und kausale Übereignung beweglicher Sachen, Rhein. Z. 1925, S. 26, 47 ff.

Anm. 53. vgl. Eger, Kausale Tradition und Kondiktion im neuen schweizerischen Recht, in Zeitschr. f. schweizerisches Recht, 55. Bd., S. 334 ff., 336, 337, 344.

vgl. Enneccerus Bd. I., Allg. Teil, S. 454.

vgl. Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft nach dem schweizerischen Civilgesetzbuch, in LZ. 1909, S. 610 ff. (wohl richtig für die kausale Natur auch bei Mobilien).

vgl. Neuner, a. a. O., S. 23.

Für die abstrakte Natur der Fahrnisübereignung im schweizerischen Recht: von Tuhr, Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht, Zeitschr. f. schweiz. Recht, 62. Bd., S. 40 ff., inbes. S. 66/67.

Der Entwurf eines BGB. für Ungarn, veröffentlicht 1913, verwirft das abstrakte System (s. Anm. 54), zum mindesten aber für den Erwerb des Grundstückseigentums.

§ 6. Wertung der geschichtlichen Untersuchung

Bei einer Auswertung der geschichtlichen und rechtsvergleichenden Betrachtung kann nur ein Ergebnis zutage treten: Die eine wichtige Voraussetzung der bestehenden Regelung bei rechtspolitischer Betrachtungsweise — die geschichtliche Grundlage — ist nicht vorhanden. Die geltenden Rechtssätze sind, in dieser Richtung gesehen, nicht der Schlußstein einer organisch gewachsenen Entwicklungsreihe.

Der deutsch-rechtliche Grundsatz ergibt sich einmal aus der Darstellung von Sale und Investitur, ferner aus der englischen sale und der französischen Regelung, die zurückführt auf das durch germanisches Rechtsempfinden bestimmte droit coutumier. Für den deutsch-rechtlichen Grundsatz sind auch die Regelung des preußischen ALR. und des österreichischen Rechts heranzuziehen. Zwar sollen diese Regelungen nach Aussprüchen verschiedener Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts ein Ausfluß der falsch verstandenen Lehre vom titulus und modus adquirendi sein. Aber gerade das, was diesen Gesetzen nach der Ansicht dieser Schriftsteller zum Vorwurf gereichen soll, ist unter einem anderen Gesichtswinkel ein Vorteil. Die „falsch" verstandene Lehre brach mit dem römischen Recht, so wie man es im 19. Jahrhundert sah, und hinderte in Preußen und Österreich die Entwicklung der Lehre vom titulus und modus adquirendi zum Unabhängigkeitsprinzip. Und gerade die „falsche" Auffassung vom römischen Recht — falsch natürlich immer vom Blickwinkel der Schriftsteller nach Savigny — war meines Erachtens hervorgerufen durch das sich bahnbrechende deutsche Rechtsempfinden. (s. Anm. 55.)

Reichel, Zum schweizerischen Fahrnisrecht, in LZ. 1921, S. 5 ff., insbes. S. 8/9 (mit Darstellung beider Ansichten).

vgl. auch Breyhan, a. a. O., S. 124 ff.

Anm. 54. vgl. Heymann, Das Ungarische Privatrecht und der Rechtsausgleich mit Ungarn, S. 57 ff.

Über den Entwurf als solchen s. Zehntbauer, Einführung in die neuere Geschichte des ungarischen Privatrechts.

Über den Entwurf 1928 vgl. von Szladits, Der neue Entwurf des Zivilgesetzbuches für Ungarn, in DJZ. 1928, S. 1226 ff., bes. S. 1229.

Anm. 55. Diese Entwicklung kann auch ganz unbewußt vor sich gegangen sein.

vgl. Kriegsmann, in seiner preisgekrönten Schrift: Der Rechtsgrund (causa) der Eigentumsübertragung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 43.

Mit römisch-rechtlichen Ausdrucksformen und Denkmitteln wurde deutsches Rechtsgut in diesen Gesetzen zur Geltung gebracht. An diesem großen Grundsatz können einzelne Modifikationen und Unklarheiten, die man diesem Gesetze vorwerfen kann, nichts ändern. Sie können das grundsätzliche Ergebnis auch nicht verkleinern.

Auch die weitere Entwicklung der Auflassung steht der hier erfolgten Annahme vom deutsch-rechtlichen Grundsatz nicht im Wege. Wie schon ausgeführt, wurden im ursprünglichen deutschen Recht Grundgeschäft und Erfüllungsgeschäft nicht auseinandergehalten. Und dieser Grundsatz ist das Wesentliche.

Hierbei ist folgendes zu berücksichtigen: Wie oben schon erwähnt, erfolgte ursprünglich die Grundübereignung durch auf dem Grundstück selbst vorgenommene Übergabe (Investitur) und kausale Einigung über den Eigentumsübergang (Sale). In fränkischer Zeit erst wurde die Übertragung mehr und mehr vom Grundstücke entfernt, und es bildete sich die Übereignung vor Gericht heraus, die das mittelalterliche Recht beherrscht hat. Für diesen Vorgang entstand auch im Laufe der Zeit der Begriff der Auflassung. Die Bedeutung dieses Begriffes hat nun des öfteren gewechselt. Anfangs verstand man darunter wohl nur die einseitige körperliche Besitzräumung, ferner wohl auch die Erklärung des Veräußerers, daß er den Besitz räume, und zwar entweder als Tatsachenerklärung (d. h. Feststellung, den Besitz geräumt zu haben) oder als Willenserklärung. Später mußte man sich darunter die Erklärung des Veräußerers vorstellen, Besitz zu übertragen oder Besitz und Eigentum zu übertragen.

Im weiteren Verlauf der Entwicklung verstand man unter dem Begriff der Auflassung dann diese Erklärung des Veräußerers und die Annahme durch den Erwerber. Beide Erklärungen wurden ursprünglich einander gegenübergestellt und fielen nicht unter den Begriff.

Schließlich, nach Fortfall der sog. ideellen Gewere (d. h. des Rechtsgrundsatzes, daß die Gewere als Recht die Sachherrschaft überdauern kann) — also schon in verhältnismäßig später Zeit —, bedeutet Auflassung bald die Einigung der Parteien über den Eigentumsübergang, bald die auf dieser Einigung und der Eintragung beruhende Übertragung des Eigentums. (s. Anm. 56.)

Aus dieser Entwicklung ergibt sich einmal, daß unter Auflassung erst spät die Einigung der Parteien zu verstehen ist,

---

Anm. 56. vgl. Enneccerus, Bd. III., S. 71.

und zweitens ergibt sich aus ihr heraus nicht mit Notwendigkeit, daß diese Einigung auch abstrakt ist. Es geht vielmehr daraus hervor, daß die Unabhängigkeit beider Geschäfte ursprünglich nicht deutschem Rechte entspricht.

Auf der anderen Seite steht die römischrechtlich-gemeinrechtliche Entwicklung so, wie sie die gemeinrechtliche Wissenschaft seit Savigny sah. Ein Anknüpfen an die mancipatio und in iure cessio (s. Anm. 57) ist wirklich durch nichts zu rechtfertigen. Denn diese formalen Erscheinungen des Rechtslebens waren schon zur Zeit des klassischen römischen Rechts ohne Bedeutung. (s. Anm. 58.) Bereits das damalige Rechtsleben brachte die formfreie traditio, die den Bedürfnissen eher entsprach. Für unser Recht ist nun zu sagen, daß wir wohl nicht die geringste Veranlassung haben, an die mancipatio und in iure cessio anzuknüpfen, um einen unserer Rechtsgrundsätze historisch bedingt erscheinen zu lassen. Bei der traditio ist zu beachten, daß sie wohl nach der Rezeption unser Rechtsleben maßgebend beeinflußte, daß sie aber bis ins 19. Jahrhundert hinein keineswegs derartig abstrakt behandelt wurde. Erst das 19. Jahrhundert brachte diesen Gedanken, ohne aber — wie wir gesehen hatten — seine Berechtigung beweisen zu können. Und ferner ist zu verurteilen, daß die Einführung der Abstraktionstheorie durch Savigny, die begründet war auf die — wie man wohl mit Breyhan sagen muß — E r f i n d u n g des sachenrechtlichen Vertrages, keineswegs auf rechtspolitischen Erwägungen beruhte, sondern vielmehr auf juristisch-logische Konstruktionskunst zurückzuführen ist. Den eigentlichen Anstoß für Savigny gab die Schwierigkeit ab, einen Schulfall zu lösen. (s. Amn. 59.) Verdeutlicht wird diese Tendenz der Rechtswissenschaft, die Lebensvorgänge künstlich zu abstrahieren, durch das Beispiel der Entwicklung der Zession. Auch hier zeigt sich, daß ursprünglich die Zession keineswegs als abstraktes Erfüllungsgeschäft behandelt wurde.

Aus der stattgefundenen Entwicklung muß man aber notwendig schließen, daß das Prinzip der Unabhängigkeit von Grund- und Erfüllungsgeschäft auf keinen Fall auf eine volksnahe organische Entwicklung zurückzuführen ist, sondern daß diese Trennung etwas Künstliches ist. Sie wurde von einer konstruktiven Wissenschaft erdacht. Die Wissenschaft hatte hier als Reaktion auf die Naturrechtsschule die Absicht, das

A n m. 57. So Motive Bd. III., S. 6.

A n m. 58. vgl. z. B. Jörs, Geschichte und System des römischen Privatrechts, S. 87.

A n m. 59. vgl. Breyhan, Abstrakte Übereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung, S. 121.

Leben in rechtlicher Beziehung zu normieren, und schoß dabei insoweit über das Ziel hinaus, als sie sich bei ihrer Konstruktion nicht an das Leben hielt, sondern das Leben unter Normen zwingen wollte.

Und auch die Redaktoren des BGB. ließen — wie die Motive erkennen lassen — weniger rechtspolitische Erwägungen walten; denn es findet vor allen Dingen eine Berufung auf das römische Recht und die Auflassung statt. Ein Zurückgreifen auf die geschichtlichen Vorgänge in dieser Form war aber keineswegs begründet.

Die Stellung des ALR. wurde ferner verkannt. Dazu kommt dann die konstruktive und wiederum lebensfremde Begründung, daß eine andere Regelung die Grenzen zwischen Schuld- und Sachenrecht verwischen könnte.

Es wird hier endgültig der Unterschied zwischen Sach- Warenrecht und Schuldrecht festgelegt. Wie wenig nun rechtspolitisch gearbeitet wurde, ergibt sich daraus, daß man nun wohl den großen sog. römisch-rechtlichen Grundsatz der Unabhängigkeit beider Geschäfte in das BGB. aufnahm, daß man gleichzeitig den unbestritten deutsch-rechtlichen Grundsatz des Gutglaubensschutzes in das BGB. aufnahm, und daß man die Stellung beider Grundsätze, die ganz verschiedenen Rechtssystemen angehören, in ihrem Zusammenwirken nicht beachtete, sondern sie einfach aneinanderreihte.

Aber nicht nur wie man das römische Recht übernahm — nämlich so, wie es das 19. Jahrhundert seit Savigny sah — ist bedenklich, sondern es ist auch rechtspolitisch nicht tragbar, daß man den Grundsatz der Unabhängigkeit vom Grund- und Erfüllungsgeschäft überhaupt ohne weitere Zweckmäßigkeitserwägungen in das deutsche Gesetzgebungswerk übernahm, das die alte Forderung nach einem einheitlichen Recht verwirklichen und so eine der großen Stützen des II. Reiches werden sollte. (Denn dies war doch das damals rechtspolitisch zu erreichende Ziel.) Wir erkennen nun zwar das römische Recht als die Kulturtat eines großen Volkes an, es ist aber nicht genügend geklärt, wieweit es im einzelnen durch uns artfremden Einfluß interpoliert ist. Aus diesem Grunde schon kann nie das Berufen auf eine römisch-rechtliche Einrichtung allein einen unserer Rechtsgrundsätze rechtspolitisch halten und stützen. Der Ausgangspunkt muß in historischer Hinsicht bereits auf einem anderen Gebiete liegen. Dazu müssen dann ganz allgemeine Zweckmäßigkeitserwägungen treten.

Wenn wir nun das römische Recht in seiner Gesamtheit so nehmen, wie es heute gesehen werden kann, dann ergibt sich, daß bereits bei der traditio die Frage nach der Unabhängigkeit

von Grund- und Erfüllungsgeschäft nicht geklärt ist. Zu beachten ist an Hand der Quellen, daß das römische Recht ja keineswegs ein festes Gesetzesgefüge war; außerdem war es nicht an ein bestimmtes Volk in einem Nationalstaat gebunden, sondern es hatte Geltung in einem Nationalitätenstaat. Es ist also ohne weiteres möglich, daß der Widerspruch in den Quellen so zu erklären ist, daß die Römer zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene Behandlung der Frage kannten.

Endgültig ist auch nicht geklärt, was an diesen Quellen interpoliert ist. Aber aus L. 31 pr. D. de acquir. rer. dom. 41, 1 (Paulus) (numquam nuda traditio . . .), aus der römischen Rechtsentwicklung bei der Forderungsabtretung und aus der Behandlung der Servituten läßt sich wohl mit Recht der Schluß ziehen, daß das römische Recht in seinem Rechtssystem nicht durchgehend eine scharfe Trennung zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft kannte. (Trotzdem sie infolge des Fehlens eines Gutglaubensschutzes Grund dazu gehabt hätten! s. Teil III.) Wir dagegen mußten infolge der Vorarbeit seit Savigny hieraus einen allbeherrschenden großen Grundsatz entnehmen.

Nimmt man auf der anderen Seite das deutsch-rechtliche Prinzip, das ich aus dem Verhältnis von Sale und Investitur, aus dem Code civil, aus der vielleicht bewußt, vielleicht unbewußt beeinflußten Lehre vom titulus und modus adquirendi und letzten Endes dem ALR. und der österreichischen Regelung entnahm, dann kann man keineswegs mehr sagen, daß die Regelung des BGB. in irgendeiner Weise zwingend historisch bedingt wäre!

Wir hätten — historisch betrachtet — vielmehr allen Grund gehabt, das bei uns herrschende Prinzip nicht zu wählen.

Da also die eine an ein Gesetz zu stellende Forderung, nämlich die Forderung nach einem organisch gewachsenen und völkisch bedingten Gesamtergebnis, nicht erfüllt ist, läßt sich die herrschende Lehre bestenfalls nur dann noch vertreten, wenn in rechtspolitischer Betrachtung sich ergeben sollte, daß überwiegende Verkehrs- und Lebensinteressen unter Berücksichtigung eines lebendigen Rechtsempfindens dieses Prinzip erheischen. Ferner ist die Frage zu prüfen, ob etwa praktische Ergebnisse rechtspolitisch das herrschende Prinzip vertreten lassen.

II. Teil

Der Stand der Rechtsprechung

§ 7. Die Bedeutung des Standes der Rechtsprechung für eine rechtspolitische Betrachtung

Um irgendwelche rechtspolitischen Schlüsse auf die Notwendigkeit oder Überflüssigkeit der bestehenden Regelung ziehen zu können, ist es notwendig, den genauen Stand der Rechtsprechung aufzuzeichnen. Diese Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, aus rechtspolitischen Gesichtspunkten heraus die Frage nach der Richtigkeit der geltenden Bestimmungen zu beantworten. Infolgedessen muß der wirklich geltende Rechtszustand zugrunde gelegt werden, so wie er in der Rechtsprechung zum Ausdruck kommt. Denn nur in dieser Beziehung hat eine rechtspolitische Bearbeitung eine praktische Bedeutung, insofern, als nämlich die Rechtssätze, so wie sie sich aus den einschlägigen Entscheidungen ergeben, wirklich im Rechtsleben Anwendung finden und auf tatsächliche Lebensverhältnisse einwirken. Einer rechtspolitischen Betrachtung muß die Gesamtheit all der Rechtsgrundsätze zugrunde gelegt werden, die mit dem Interessenkreis der einzelnen Rechtsgenossen in Berührung kommen. Und diese Berührung wird vor allem dann hergestellt, wenn der Rechtsgenosse zur Regelung eines Streitfalles die Entscheidung des Gerichtes sucht.

All die Ansichten, die darüber hinaus versuchen, nach dem geltenden Recht irgendeinen Ausweg aus der Regelung des Gesetzes zu finden, müssen deshalb im Rahmen dieser Arbeit dahingestellt bleiben, wenn sie nicht Eingang in die Rechtsprechung gefunden haben. Auf diese etwa abweichenden Ansichten der Rechtslehre kann deshalb immer nur nebenbei verwiesen werden.

Dagegen soll versucht werden, aus den Entscheidungen gewisse Sätze, die die herrschende Meinung wiedergeben, abzuleiten. Diese Sätze liegen dann der weiteren rechtspolitischen Bearbeitung zugrunde.

Um die praktischen Konsequenzen des geltenden Rechts in den Entscheidungen darzustellen, muß auf all die Entscheidungen Bezug genommen werden, die sich mit den Unwirksamkeitsgründen der Rechtsgeschäfte in bezug auf das Erfüllungsgeschäft beschäftigen. Nicht im normalen Falle eines vollgültigen Grund- und Erfüllungsgeschäftes zeigen sich nämlich die Auswirkungen des Unabhängigkeitsprinzips, sondern in den

Fällen, wo die Rechtsordnung aus irgendwelchen Gründen den normalen Verlauf nicht eintreten läßt. Da die Rechtsordnung nun aber den einheitlichen wirtschaftlichen Vorgang des Rechtsüberganges in zwei Teile — Grund- und Erfüllungsgeschäft — getrennt hat, sind die Unwirksamkeitsgründe zweimal von Bedeutung. Die Auswirkungen auf das Rechtsleben ergeben sich aus einem Vergleich des Einflusses der Unwirksamkeitsgründe je beim Grund- und Erfüllungsgeschäft und aus einer etwaigen verschiedenen Behandlung. Zu den im allgemeinen Teil genannten Unwirksamkeitsgründen treten dann noch die Bedingtheit des Erfüllungsgeschäfts durch die Gültigkeit des Grundgeschäfts infolge Parteiwillens und der Gesichtspunkt des § 139 BGB. Erst ein Gesamtbild aus all diesen Teilen läßt Wertungen zu.

§ 8. Die Auswirkungen des Prinzips der Trennung von Grund- und Erfüllungsgeschäften in der Rechtsprechung zu den Unwirksamkeitsgründen des Allgemeinen Teils des BGB.

I. Die Stimmen der Wissenschaft

Wenn es bei der rechtspolitischen Betrachtung in der Hauptsache auch auf die Einstellung der Rechtsprechung ankommt, ist doch ein kurzer Blick auf die Stellungnahme der Wissenschaft erforderlich.

In der Rechtslehre betrachtet man die Unwirksamkeitsgründe des allgemeinen Teils in ihrer Beziehung zum abstrakten Erfüllungsgeschäft vor allem nach zwei Gesichtspunkten. Einmal faßt man die Anfechtungsgründe des Irrtums, der arglistigen Täuschung, der widerrechtlichen Drohung und andere Unwirksamkeitsgründe zusammen, und zweitens behandelt man die Nichtigkeitsgründe der §§ 134, 138 BGB. als zusammengehörig.

Bei der ersten Gruppe hat sich die Wissenschaft überwiegend mit ganz geringen Ausnahmen (s. Anm. 1) für eine Anwendung dieser Unwirksamkeitsgründe auch auf das abstrakte Erfüllungsgeschäft ausgesprochen.

Die extremste Ansicht ist die von Schreiber (s. Anm. 2), der im Anschluß an § 142 BGB. schließt, daß die Anfechtung des

Anm. 1. vgl. Prinz, Der Kampf gegen die abstrakte Eigentumsübertragung, S. 52 ff.

Anm. 2. Schreiber, Abhängigkeit des Erfüllungsgeschäfts vom obligatorischen Vertrage bei anfechtbaren und unsittlichen Rechtsgeschäften, in Gruchots Beitr. Bd. 52, S. 515—525.

Kausalgeschäftes stets — ohne die Notwendigkeit einer erneuten Anwendung des Anfechtungsgrundes auf den abstrakten Vertrag — auch die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts nach sich ziehe.

Im übrigen wird einhellig die Ansicht vertreten, daß nach dem Tatbestand des Anfechtungsgrundes auch der Sachverhalt des abstrakten Geschäfts geprüft werden müsse. Differenzen über die zeitliche Folge u. a. m. ergeben gewisse Modifikationen dieser Lehre. (s. Anm. 3.)

Auch bei den genannten Nichtigkeitsgründen hat sich die Wissenschaft zu einem erheblichen Teil — wenn auch nicht überwiegend — für die Anwendung der Vorschriften der §§ 134, 138 BGB. auch auf das abstrakte Erfüllungsgeschäft de lege lata ausgesprochen. Hier sind vor allen Dingen die Stimmen zu nennen, die sich an Hand einer Polemik gegen die entgegengesetzte Stellungnahme des Reichsgerichts geltend machen. Dernburg z. B. (s. Anm. 4) führt aus, daß von dem Grundsatz der Trennung beider Geschäfte die Frage, ob eine Handlung ethisch verwerflich und infolgedessen dem öffent-

---

Anm. 3. vgl. hierzu im einzelnen:

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II, 1, S. 85 und S. 119.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, III. Bd., S. 115.

Enneccerus, Lehrbuch, Bd. I., S. 455.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Bd. III., S. 189.

Fuchs, Grundbuchrecht I. Bd., S. 71/72.

Küntzel, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung und seine weiteren Schicksale, in Gruchots Beitr. Bd. 42, S. 94.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 53.

Kretzschmar, Zur Bedeutung des dinglichen Vertrages, im Recht 1910, S. 79/80.

Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Preußischen Allgemeinen Landrechts, I. Hälfte, 370.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, I. Bd., S. 482/483.

Staffel, Ein Beitrag zur Lehre vom dinglichen Vertrag, im Sächs. Arch. Bd. 9, S. 363.

Stintzing, Die Übertragung beweglicher Sachen, S. 118.

Maenner, Das Sachenrecht, S. 57/58.

Planck, III. Bd., 1. Hälfte, S. 144 ff.

Planck, I. Bd., S. 288, S. 307.

Staudinger, I. Bd., S. 594/595.

Erwähnt sei noch eine zustimmende Stelle aus den Protokollen der 2. Lesung, von der allerdings behauptet wird, daß sie nur eine einzelne Stimme gewesen sei. vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Bd., S. 524.

Anm. 4. vgl. Dernburg, Die Schuldverhältnisse, II. Abt. Einzelne Obligationen, S. 687.

vgl. denselben ferner in:

Bd. I, Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, S. 425, Anm. 32.

Bd. III, Sachenrecht, S. 225.

lichen Wohle zuwiderlaufend ist, nicht abhängig gemacht werden kann.

Auch an erheblich scharfen Stimmen fehlt es nicht. Wüstendörfer schreibt (s. Anm. 5), daß die Trennung beider Geschäfte bei den Unwirksamkeitsgründen nicht etwa aus dem Zwange des Gesetzeswortes heraus geschehe, sondern aus der Hypnose scholastischer Begriffsrealistik, aus der lebensfremden Konstruktion formaler Prinzipien.

Auch Brütt (s. Anm. 6) spricht sich für eine Ergreifung aus. Er führt aus, daß an sich der Grundsatz der Unabhängigkeit bestehe. Wo aber wichtige Gegeninteressen dieser Vorkehrung entgegentreten, da muß der technische Gesichtspunkt den sozialpolitischen Erwägungen weichen. Daher trete die abstrakte Natur des Rechtsgeschäfts gegen die zwingenden Vorschriften der §§ 134, 138 BGB. zurück.

Auch eine Reihe von anderen hat sich für eine Anwendung dieser Nichtigkeitsgründe auf das Erfüllungsgeschäft ausgesprochen. (s. Anm. 7.) Vielfach jedoch wollen sie dies nicht als Regelfall, sondern nur als Ausnahme wissen.

II. Die Entscheidungen der höchsten Gerichte und die sich daraus ergebenden Grundsätze

a) Die Geschäftsunfähigkeit (§ 105 BGB.)

Die Rechtsordnung versagt nach § 105 Abs. 1 BGB. einer Willenserklärung die rechtliche Wirkung, wenn der Erklärende geschäftsunfähig ist (§ 104 BGB.), und erstreckt diese Nichtigkeit nach § 105 Abs. 2 BGB. auf die Fälle, in denen sich der Erklärende im Zustande der Bewußtlosigkeit oder der vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit befindet. Dieser Nichtigkeitsgrund findet in gleicher Weise auf das Grund- und das Erfüllungsgeschäft Anwendung. Gemäß dem rechtlich unabhängigen Verhältnis dieser beiden Geschäfte ist es erforderlich,

Anm. 5. Wüstendörfer, Die Deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung, im Arch. für die Civ. Pr., Bd. 110, S. 238 ff., insbes. S. 242.

Hierzu zustimmend von Tuhr, in seiner „Besprechung des 78. Bandes der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen" in DJZ. 1912, S. 1268/1269.

Anm. 6. Brütt, Die abstrakte Forderung nach Deutschem Reichsrecht, S. 138.

Anm. 7. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II, 1, S. 119.

v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 551/553.

Schreiber, a. a. O., S. 524/525.

Gierke, Deutsches Privatrecht, II. Bd., Sachenrecht, S. 317, Anm. 52.

Siméon, Recht und Rechtsgang, Bd. I., 1. Hälfte, S. 200.

a) daß der Tatbestand des Nichtigkeitsgrundes in dem Augenblick vorliegt, wo die beiden Geschäfte zur gleichen Zeit abgeschlossen werden, oder

b) daß die Voraussetzungen des Nichtigkeitsgrundes zur Zeit des Erfüllungsgeschäfts noch andauern, wenn diese zeitlich dem Grundgeschäft nachfolgt. (s. Anm. 8.)

Da es sich hierbei um keine echte Abhängigkeit handelt, sind also für jedes Geschäft gesondert zur Zeit seines Zustandekommens die gesetzlichen Voraussetzungen des Nichtigkeitsgrundes zu prüfen.

b) Der geheime Vorbehalt (§ 116 S. 1 BGB.) und der Nichtigkeitsgrund des § 116 S. 2 BGB.

§ 116 BGB. gilt auch für die abstrakten Erfüllungsgeschäfte. Infolgedessen ist der geheime Vorbehalt einer Partei, das Erklärte nicht zu wollen, auch bei den Erfüllungsgeschäften unerheblich. (s. Anm. 9.)

Und ferner hat das RG. (s. Anm. 10) — was für die Lehre von den Unwirksamkeitsgründen von Bedeutung ist — eine Auflassung unter dem ausdrücklichen, dem Erwerber gegenüber mündlich erklärten Vorbehalt des Veräußerers, daß er die betreffs des Grundstücks zu Protokoll gegebene Auflassung bezüglich einzelner Trennstücke nicht wolle, hinsichtlich dieser für nichtig erklärt.

c) Der Nichtigkeitsgrund des Scheins (§ 117 Abs. 1 BGB.)

§ 117 Abs. 1 BGB. findet auf beide Geschäfte in gleicher Weise Anwendung. Eine nur zum Schein erklärte dingliche Einigung ist demnach nichtig. (s. Anm. 11.) Infolgedessen hat eine Eintragung auf Grund einer Scheineinigung nur die Wirkungen, wie sie eine Eintragung ohne eine entsprechende Einigung hat. (s. Anm. 12.)

Anm. 8. K. d. RGR. Bd. 1, S. 183.
RGZ. Bd. 72, S. 64.
Im Falle b kann die Rechtslage auch so liegen, daß zur Zeit des Grundgeschäfts der Nichtigkeitsgrund noch nicht gegeben war. In diesem Falle ist das Schuldverhältnis rechtswirksam zustande gekommen, und die daraus sich ergebenden Ansprüche und Verpflichtungen bestehen.

Anm. 9. vgl. Warn. R. 1921, Nr. 58, S. 70 für die dingliche Einigung.

Anm. 10. vgl. RGZ. Bd. 78, S. 376/77.

Anm. 11. vgl. JW. 02, Beil. S. 202. KG. Bd. 44, S. 216/17, Abt. A. OLG. 5/10. OLG. 23/324. OLG. 26/180, 181. OLG. 37/167. Gruchots Beiträge, Bd. 66, Nr. 7, S. 102.

Anm. 12. Plancks Komm. Sachenrecht, III. Bd., 1. Hälfte, S. 146.

Auch bei dem Nichtigkeitsgrund des § 117 Abs. 1 BGB. muß immer geprüft werden, ob seine Voraussetzungen auch bei dem Erfüllungsgeschäft gegeben sind: Es kann also sein, daß zwar das Grundgeschäft als Scheingeschäft nichtig ist, daß aber die dingliche Einigung trotzdem ernstlich gewollt und daher rechtswirksam ist. (s. Anm. 13.)

Es ist noch zu beachten, daß bei den oft vorkommenden Fällen der bewußt unrichtigen Angabe der Veräußerungsbedingungen, insbesondere des Kaufpreises, nicht der beurkundete Scheinvertrag, sondern die formlos getroffene, wirklich gewollte Vereinbarung das der Auflassung zugrunde liegende Geschäft ist. (§ 117 Abs. 2 BGB.) (s. Anm. 14.)

d) Der Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung und der widerrechtlichen Drohung (§ 123 BGB.)

Infolge der Vertragsnatur der abstrakten Geschäfte ist der Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung auch auf das Erfüllungsgeschäft anwendbar, und zwar, weil der arglistig Täuschende, der den Partner hierdurch zum Abschlusse des Vertrages bestimmt, seine Absicht regelmäßig nicht auf die bloße Erlangung des obligatorischen Erfüllungsanspruchs aus dem Kaufvertrage (oder sonstigem Vertrage) richtet, sondern gerade unmittelbar auf Erlangung der Kaufsache (oder des sonstigen Gegenstandes der Erfüllung). Dieser Absichtsrichtung auf seiten des Täuschenden entspricht die Richtung des Willensmangels auf seiten des Getäuschten. (s. Anm. 15.)

Falls also die arglistige Täuschung zur Zeit des Erfüllungsgeschäfts noch fortwirkt und den Verfügenden zur entsprechenden Willenserklärung veranlaßt, dann ist auch das Erfüllungsgeschäft anfechtbar. (s. Anm. 16.)

Es kommt nun nicht so sehr darauf an — wie die etwas ungenaue Ausdrucksweise der Entscheidungen auf den ersten

Anm. 13. vgl. Planck, a. a. O., S. 146.

Anm. 14. vgl. RGZ. 104/104.
RGZ. 104/298.

Anm. 15. RGZ. Bd. 69, S. 13.
RGZ. Bd. 70, S. 57.

Anm. 16. vgl. Warn. R. 1911, Nr. 360, S. 401: „Die Täuschung des Beklagten hat diesen nicht nur zum Abschlusse des Grundgeschäfts, Kaufvertrags, bestimmt, auch das Erfüllungsgeschäft, die Lieferung der Sachen, würde er nicht vollzogen haben, wenn er nicht noch unter dem seinen Willen bestimmenden Einflusse jener Täuschung gestanden hätte."

Unter dieser Voraussetzung auch die herrschende Rechtsprechung:
RGZ. Bd. 69, S. 13. RGZ. Bd. 70, S. 57.
RGZ. Bd. 70, S. 89. RGZ. Bd. 89, S. 157.
OLG. Bd. 26, S. 6. KG. Bd. 51, Abt. A., S. 143.
Seuff. Arch. Bd. 73, S. 175/76. Lehmann Allg. T., S. 160/61.

Blick vermuten läßt —, daß Grund- und Erfüllungsgeschäft Bestandteile ein und desselben Vertrages sind (s. Anm. 17), sondern es muß wiederum jedes Geschäft für sich betrachtet und geprüft werden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Anfechtung auch für das Erfüllungsgeschäft vorliegen oder — bei zeitlichem Auseinanderfallen — noch vorliegen. (s. Anm. 18.)

Ergibt sich dagegen, daß die aus dem Grundgeschäft anfechtungsberechtigte Vertragspartei das Erfüllungsgeschäft ohne Rücksicht auf die Täuschung hat vornehmen wollen, dann ist das Erfüllungsgeschäft wirksam und in seinem Bestande aus § 123 BGB. nicht zu erschüttern. (s. Anm. 19.) Für unsere Frage bleibt es dabei ohne Bedeutung, ob der so handelnde Anfechtungsberechtigte sein Anfechtungsrecht verliert (s. Anm. 20), oder ob hierin eine Bestätigung und gleichzeitige Neuvornahme des Grundgeschäfts zu erblicken ist.

Im Sinne dieser Rechtsprechung liegt es auch, daß in einem Falle, wo das Grundgeschäft in Ordnung ist, wo aber beim Erfüllungsgeschäft der Anfechtungsgrund des § 123 BGB. gegeben ist, dieses letztere allein für sich angefochten werden kann. (s. Anm. 21.)

Nur eine Frage der Auslegung ist es, ob die einmal erfolgte Anfechtung des Grundgeschäfts auch gleichzeitig das Erfüllungsgeschäft angreifen soll. (s. Anm. 22.) Dies wird der Normalfall sein; die Mittel der Auslegung haben hier den Weg zu weisen. Es ist aber verfehlt zu fragen, ob die unter solchen Umständen erfolgte Anfechtung des Kaufvertrages auch die Nichtigkeit des dinglichen Übereignungsvertrages herbeiführt (s. Anm. 23); es muß vielmehr geprüft werden, ob die erklärte Anfechtung des Grundgeschäfts auch die Anfechtung des Erfüllungsgeschäftes in sich enthält. Wird dies bejaht, so sind die Voraussetzungen des § 123 BGB. bei jedem Geschäft gesondert für sich zu untersuchen. Nur so kann festgestellt werden, ob die Anfechtung bei beiden Geschäften rechtswirksam erfolgt ist.

Dieselbe Regelung gilt auch bei der Anfechtung einer Willenserklärung, deren Abgabe durch widerrechtliche Drohung herbeigeführt worden ist.

Anm. 17. vgl. JW. 1909, S. 45, für den Fall einer Forderungsabtretung.

Anm. 18. So im wesentlichen K. d. RGR. I. Bd., S. 184.

Anm. 19. vgl. K. d. RGR. Bd. I., S. 184.

Anm. 20. vgl. Lehmann, Allg. T., S. 160/161.

Anm. 21. vgl. Seuff. Arch. 67. Bd., Nr. 192, S. 345 ff.

Anm. 22. RGZ. Bd. 70, S. 90. Das RG. sagt in diesem Zusammenhang: „Wie jede Willenserklärung, muß auch eine Anfechtung nach den allgemeinen Regeln der §§ 133, 157 BGB. ausgelegt werden."

Anm. 23. So K. d. RGR. I. Bd., S. 184.

e) Der Anfechtungsgrund des Irrtums (§§ 119, 120 BGB.)

Die vorliegenden Entscheidungen sind nicht erschöpfend. Das RG. (s. Anm. 24) erwähnt einmal, daß von Schreiber (s. Anm. 25) mit beachtenswerten Gründen die Ansicht vertreten werde, daß ein die Anfechtung begründender Willensmangel (§§ 119 ff. BGB.) stets auch das dingliche Geschäft ergreife. Die Entscheidung bleibt jedoch dahingestellt. In einer anderen Entscheidung (s. Anm. 26) kommt das RG. zu folgendem Ergebnis: „Nach richtiger Rechtsansicht können indes das Kausalgeschäft und das dingliche Übereignungsgeschäft auch beim Anfechtungsgrunde des Irrtums gemeinschaftlich anfechtbar sein, wenn beide Geschäfte in einem einheitlichen Willensakte zusammenfallen und dieser an dem Anfechtungsgrunde des Irrtums leidet."

Hiernach ist jedenfalls nach heute wohl herrschender Lehre der Satz aufzustellen (s. Anm. 27), daß bei einer Vertragspartei, die zum Abschluß des Grundgeschäfts durch einen Irrtum bestimmt worden ist, dieser Irrtum auch noch beim Abschluß des Vollzugsgeschäfts bestimmend fortgewirkt hat. Es ist mithin nicht entscheidend, daß beide Geschäfte in einem Willensakt — also zu gleicher Zeit — vorgenommen werden, sondern wesentlich ist, daß der Irrtum, der die anfechtungsberechtigte Partei zum Abschluß des Grundgeschäfts veranlaßt hat, sie auch zum Abschluß des Erfüllungsgeschäfts gebracht hat (vgl. Lehmann a. a. O.). (s. Anm. 28.)

Im übrigen kehren bei der Anwendung der Irrtumsvorschriften auf den abstrakten Vertrag dieselben Probleme wieder wie bei den schuldrechtlichen kausalen Geschäften. (s. Anm. 29.)

Wie bei der arglistigen Täuschung ist es auch hier wieder eine Frage der Auslegung, ob die erklärte Anfechtung sich nur auf das Grundgeschäft oder auch auf das Erfüllungsgeschäft bezieht. Ebenfalls die gleichen Rechtsfolgen treten ein, wenn

Anm. 24. vgl. RGZ., Bd. 70, S. 57.

Anm. 25. Schreiber in Gruchots Beitr. Bd. 52, S. 515 ff.

Anm. 26. RGZ. Bd. 66, S. 390.

Anm. 27. vgl. Lehmann, Allg. T., S. 160/161.

Anm. 28. Daß es nicht sosehr auf die Gleichzeitigkeit beider Geschäfte ankommt, ergibt sich aus der Entscheidung „Recht, 1915, Nr. 444", wo gesagt ist, daß trotz Rechtsbeständigkeit eines Kreditkaufes (also des Grundgeschäfts) das ihm nachgefolgte Leistungsgeschäft wegen Irrtums über die Zahlungsfähigkeit des Käufers anfechtbar sein kann.

Anm. 29. So z. B. die Frage, ob die unrichtige Bezeichnung einer Vertragspartei bei der Auflassung nur unschädliche falsa demonstratio ist (so Gruchots Beitr., 70. Jahrg., Nr. 35, S. 439) oder der wirkliche Geschäftsirrtum im Sinne des § 119 BGB. (so Bay. OLG. in JW. 1926, S. 2643).

die anfechtungsberechtigte Partei ihren Irrtum merkt und trotzdem das Erfüllungsgeschäft vornimmt.

f) Der Nichtigkeitsgrund des Wuchers (§ 138 Abs. II BGB.)

Der Nichtigkeitsgrund des Wuchers nach § 138 Abs. 2 BGB. ergreift grundsätzlich auch das dingliche Erfüllungsgeschäft, denn die Bestimmung umfaßt in ihrem gesetzlichen Tatbestand sowohl das Versprechen als auch das Gewähren wucherischer Vorteile. (s. Anm. 30.)

g) Der Nichtigkeitsgrund des Verbotsgesetzes (§ 134 BGB.)

Der Nichtigkeitsgrund des § 134 BGB. kann, wenn seine gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, auch auf das Erfüllungsgeschäft Anwendung finden. Die Rechtsprechung hat bei § 134 BGB. nicht den Satz aufgestellt — wie ursprünglich bei § 138 Abs. 1 BGB. —, daß der Anwendung von § 134 BGB. auf das Erfüllungsgeschäft grundsätzlich eine Schranke entgegenstände. Die einschlägige Literatur bejaht durchaus die Anwendung von § 134 BGB. auch auf das dingliche Geschäft. (s. Anm. 31.) Doch muß hierbei — wie zu betonen ist — für das Erfüllungsgeschäft selbständig geprüft werden, ob das gesetzliche Verbot auch dieses treffen soll. (s. Anm. 32.) Das RG. führt aus (s. Anm. 33), daß im allgemeinen die Nichtigkeit des gesetzwidrigen Grundgeschäfts sich nicht ohne weiteres auf das Vollzugsgeschäft erstreckt.

Auszugehen ist von der Prüfung, ob das Verbotsgesetz überhaupt einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 134 BGB. abgibt. Und damit eng zusammen hängt die Frage, ob dieses Verbotsgesetz dann auch auf das Erfüllungsgeschäft Anwendung findet.

Aber dem Stande der Rechtsprechung nicht genau entsprechend ist die Formulierung des K. d. RGR. (s. Anm. 34), daß im Falle von Veräußerungsgeschäften, wo sich das Verbot sowohl gegen den Verkäufer als auch gegen den Käufer richtet, davon auszugehen ist, daß es sowohl das Grund- wie auch das Erfüllungsgeschäft untersagt und daher das Schuldverhältnis wie das Vollzugsgeschäft nichtig sein sollen. Nach dem Stande der Rechtsprechung ist nämlich die Anwendung auf das

---

Anm. 30. RGZ. Bd. 93, S. 75. RGZ. Bd. 109, S. 203.
HRR. 1930, Nr. 595. LZ. 1924, S. 329, Nr. 1.
Das Recht, 1906, Nr. 2565, S. 1132. Warn. R. 1931, Nr. 100, S. 201.
K. d. RGR. Bd. I., S. 224/225. Lehmann, Allg. T., S. 161.
Anm. 31. vgl. K. d. RGR. I. Bd., S. 183.
Henle, I. Allg. T., S. 148. Lehmann, Allg. T., S. 170.
Anm. 32. Lindemann-Soergel, BGB. nebst Einführungsgesetz, S. 102.
Anm. 33. Warn. R. 1931, Nr. 100, S. 199 ff.
Anm. 34. K. d. RGR. I. Bd., 1929, S. 205.

Erfüllungsgeschäft keine Folge des Verbots gegen beide Vertragsteile. Die Folge hiervon ist erst einmal die Nichtigkeit des Grundgeschäfts. (s. Anm. 35.) Hierzu muß dann kommen, daß nach dem Wortlaut bzw. dem Zweck des Verbotsgesetzes das Verbot sich a u c h auf das Erfüllungsgeschäft beziehen soll. (s. Anm. 36.)

Zunächst einmal muß sich das Verbot also gegen beide Teile richten, damit überhaupt eine Unwirksamkeitsfolge eintritt. (s. Anm. 37). Ein nicht in sich unerlaubtes Rechtsgeschäft, das nicht eine rein einseitige Verfügung darstellt, sondern Vertragscharakter hat, bei welchem der Aufgabe eines Rechts auf der einen Seite ein Rechtserwerb auf der anderen Seite gegenübertritt, wird im Sinne des § 134 BGB. nur nichtig, wenn von beiden Beteiligten gegen das Gesetz verstoßen wird. (s. Anm. 38.)

„Dazu muß nach der besonderen Lage und an Hand der jeweils in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen untersucht werden, ob die positive Vorschrift oder der Z w e c k d e s G e s e t z e s die Nichtigkeitsfolge auch für das Erfüllungsgeschäft fordert." (s. Anm. 39.)

Diese letztere Frage ist nun von der Rechtsprechung des öfteren bejaht worden, vor allem bei einer Reihe der im Interesse der Gesamtheit erlassenen Kriegs- und Nachkriegsverbotsgesetze. Z. B. richtet sich das Kettenhandelsverbot keineswegs nur gegen den Abschluß des obligatorischen Vertrages, sondern auch gegen das Erfüllungsgeschäft. (s. Anm. 40.)

Das gleiche gilt für die Rechtsprechung (s. Anm. 41) zu einer Anzahl ähnlicher Verbotsgesetze, z. B. zu der Bekanntmachung über Brotgetreide vom 29. Juni 1916 (Urteil vom 3. März 1920, I 285/19), zu der Verordnung über das Inverkehrbringen von Waschmitteln vom 19. Mai 1918 (s. Anm. 42), zu der Verordnung über die Verwertung von Militärgut vom 23. Mai 1919 (Urteil vom 30. Januar 1923, III 197/22).

Gerade bei diesen zur Verhinderung rechtswidrigen Verkehrs im öffentlichen Interesse erlassenen Vorschriften trat — ganz abgesehen von der Fassung — der G e s e t z e s g e d a n k e

A n m. 35. RGZ. Bd. 60, S. 276 (Plenarentscheidung).

A n m. 36. RGZ. Bd. 100, S. 239 („wenn sich das Verbot gleichmäßig gegen beide Teile richtet u n d sowohl das Veräußerungsgeschäft als auch das Erfüllungsgeschäft untersagt").

A n m. 37. RGZ. Bd. 60, S. 276.

A n m. 38. vgl. RGZ. Bd. 78, S. 353.
Seuff. Arch. 84. Bd., S. 98, Nr. 55.

A n m. 39. So Warn. R. 1931, S. 199 ff., Nr. 100. s. a. Recht 1918, Nr. 922.

A n m. 40. RGZ. Bd. 101, S. 44/45.

A n m. 41. Zitiert nach Warn. R. 1931, Nr. 100, S. 199 ff.

A n m. 42. vgl. hierzu RG. in JW. 1922, Nr. 1, S. 90.

der Umsatzhinderung vielfach klar hervor; und nach diesem Zwecke des Gesetzes erfolgte eine Anwendung des Verbotsgesetzes auf das Erfüllungsgeschäft.

Dieselben Gedanken waren maßgebend gegenüber der Verordnung über Maßnahmen gegen Kapitalabwanderung vom 21. November 1918/15. Januar 1919 und der Devisenhandelsverordnung vom 8. Mai 1923 sowie ähnlichen Gesetzen. (s. Anm. 43.)

Aus all dem läßt sich für den heutigen Stand der Rechtsprechung der Rechtsgrundsatz herleiten, daß das Verbotsgesetz sich einmal gegen beide Vertragspartner zu richten hat, um überhaupt eine Nichtigkeitsfolge zu haben; ferner muß sich dann entweder aus dem Wortlaut oder aus dem Zweck des Gesetzes ergeben, ob sich das Verbotsgesetz auch auf das Erfüllungsgeschäft erstrecken soll. In diesem Fall ist auch letzteres nichtig. (s. Anm. 44.)

h) Der Nichtigkeitsgrund des Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB.)

Gerade bei dem Nichtigkeitsgrund des Verstoßes gegen die guten Sitten hat sich die Rechtsprechung immer gesträubt, eine Bresche in die starre Trennung zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft zu schlagen. Grundsätzlich hat das RG. den Satz aufgestellt und ihn immer wieder betont, daß im allgemeinen die Unsittlichkeit des Grundgeschäfts die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts wegen dessen abstrakter Natur nicht zur Folge habe. (s. Anm. 45.) Das RG. hat namentlich — wenn auch

Anm. 43. vgl. Warn. R. 1931, Nr. 100, S. 201. RGZ. Bd. 98, S. 254. RG. in JW. 1926, S. 2080. K. d. RGR. 1. Bd. 1929, S. 205.

Anm. 44. vgl. des weiteren z. B. folgende Entscheidungen: RGZ. Bd. 130, insbes. S. 251/52, wonach sich das Verbotsgesetz des § 186 Abs. 4 HGB. nach dem Zweck des Gesetzes nicht nur gegen das Grund-, sondern auch gegen das Erfüllungsgeschäft richtet. Während bei dem Verbotsgesetz des § 207 HGB. frühere Entscheidungen die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts verneinen bzw. nur einen Schwebezustand entstehen lassen (OLG. 43. Bd., S. 307/08, 1924 und JFG. Bd. 3, S. 309, 1926), sprechen sich auch hier die neueren Entscheidungen (JW. 1929, S. 2946 und RGZ. Bd. 130, S. 252, 1931) mehr für die Nichtigkeit auch des Erfüllungsgeschäftes aus.

Ferner hat im Falle des § 312 HGB. und § 34 Abs. 2, 77 Gesch. Aufl. V. O. und § 181, S. 3 KO. ein Zuwiderhandeln ebenfalls Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts zur Folge (JW. 1930, S. 908 und JW. 1931, S. 2088 n.).

Anm. 45. vgl. im einzelnen:

RGZ. Bd. 57, S. 96.
RGZ. Bd. 68, S. 99/100.
RGZ. Bd. 81, S. 160.
JW. 1911, S. 317/18, Nr. 2.
JW. 1912, S. 235, Nr. 2.
JW. 1930, S. 908.
LZ. 1918, S. 1270/71.
RGZ. Bd. 63, S. 185.
RGZ. Bd. 75, S. 74/75.
RGZ. Bd. 109, S. 202.
JW. 1912, S. 853, Nr. 4.
JW. 1913, S. 682/683, Nr. 1.
OLG. 39. Bd., S. 185/86.
Recht 1924, Nr. 211.

nicht nur in diesen Fällen — die Gültigkeit der Auflassung eines Bordellgrundstücks trotz der anerkannten Nichtigkeit des Grundgeschäfts bejaht und die dem Bordellverkäufer für das Kaufgeld bestellte Hypothek nicht mangels Einigung für nichtig, sondern nach § 1163 BGB. für eine Eigentümerhypothek erklärt. (vgl. die entsprechenden Entscheidungen S. 47, Anm. 45.)

In der Rechtsprechung treten an dieser Stelle, wenn man die Entscheidungen überliest, neben den eigentlichen Argumenten zu dieser Frage noch hin und wieder Begründungen auf, die sich auf den Fall beziehen, daß die Gültigkeit des Grundgeschäfts zur Bedingung für die Gültigkeit des Erfüllungsgeschäfts gesetzt ist, und ferner auf den Fall, daß der Rechtsgedanke des § 139 BGB. in Erwägung gezogen wird. Diese Gedankengänge können im Interesse der Übersichtlichkeit der Darstellung nicht an dieser Stelle gewürdigt werden.

Das RG. argumentiert in den älteren Entscheidungen mit dem Grundsatz, daß eine Einigung im Sachenrecht ihrem Inhalt nach nichts Sittenwidriges an sich haben könne, wenn sie als für sich selbst bestehendes Rechtsgeschäft und losgelöst von dem durch sie zur Erfüllung gebrachten obligatorischen Grundrechtsgeschäft — wie erforderlich — in Betracht genommen wird; denn ihr Gegenstand ist nur die Herbeiführung der dinglichen Rechtsänderung. (s. Anm. 46.) Oder aber es wird als herrschende Meinung hingestellt, die das RG. sich zu eigen macht, daß abstrakte Rechtsgeschäfte, insbesondere auch Leistungsgeschäfte, die in Erfüllung eines Grundgeschäfts vorgenommen werden, wegen ihres Rechtsgrundes — auch wenn dieser gegen die guten Sitten verstößt — überhaupt nicht nichtig sein können oder es regelmäßig nicht sind. (s. Anm. 47.)

Ein anderes Mal betont das RG. (s. Anm. 48): „Ein Eigentumsübergang ist deshalb anzunehmen, weil wohl der Beweggrund ein sittenwidriger gewesen sein mag, aber der Inhalt des Rechtsgeschäfts der Einigung keinen Verstoß gegen die guten Sitten enthält, da er lediglich eine Rechtsänderung auf dem Gebiete des Sachenrechts zum Gegenstande hatte, und ein Rechtsgeschäft (ständige Rspr. des RG.) nur dann gegen die

Recht 1924, Nr. 938.
Gruchots Beitr. 62. Jahrg., S. 639.
Warn. R. 1914, Nr. 288, S. 411.
Warn. R. 1929, Nr. 129, S. 232.
Gruchots Beitr., 59. Jahrg., S. 899 ff., insbes. S. 900/01.
Warn. R. 1914, Nr. 253, S. 358.
Warn. R. 1920, Nr. 147, S. 180.
Warn. R. 1931, Nr. 119, S. 244/45.

Anm. 46. So RGZ. Bd. 75, S. 74.
Anm. 47. So RGZ. Bd. 68, S. 100.
Anm. 48. So Warn. R. 1911, Nr. 167, S. 180/181.

guten Sitten verstößt, wenn nicht nur der Beweggrund, sondern auch der Inhalt des Rechtsgeschäfts selbst sittenwidrig ist."

Das RG. (V. Senat) hat dann später — als verschiedene Angriffe erfolgt waren — seine Stellungnahme noch einmal überprüft, bleibt aber bei seiner Ansicht. Es wird ausgeführt (s. Anm. 49):

„Der Senat hat seine Stellung zu der in Rede stehenden Frage in einer Reihe von Entscheidungen eingehend begründet und als Kernpunkt für seine Auffassung, daß das dingliche Erfüllungsgeschäft nicht sittenwidrig sein kann, das Verhältnis des § 817 BGB. zum § 138 BGB. bezeichnet, da sich aus dem ersteren die Richtigkeit seiner Auffassung von der Unberührtheit des dinglichen Geschäfts von der etwa dem Grundgeschäft anhaftenden Sittenwidrigkeit ergebe." „Es ist nun geltend gemacht, daß der § 817 BGB. nicht die Bedeutung habe, den Geltungsbereich des § 138 BGB. einzuschränken. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden."

Die Abhängigkeit der Frage der Anwendung des § 138 BGB. auch auf das Erfüllungsgeschäft von § 817 BGB. ist vom RG. in mannigfachen Entscheidungen ausgesprochen. (s. Anm. 50.)

So sagt das RG. z. B. (s. Anm. 51): „Indem das Gesetz in § 817 BGB. eine Bestimmung darüber trifft, wann ein obligatorischer Anspruch auf Rückgabe des zu einem unsittlichen Zweck Geleisteten gegen den Empfänger gegeben und wann er ausgeschlossen ist, läßt es erkennen, daß es das Geleistete trotz des sittenwidrigen Zwecks der Leistung als in das Eigentum des Empfängers übergegangen ansieht." (s. Anm. 52.)

Doch auch schon zur Zeit der älteren Entscheidungen — wie sie soeben dargelegt wurden — macht die Rechtsprechung selbst einige wenige Einschränkungen. So wird z. B. einmal gesagt, und zwar in bezug auf die der Eigentumsübertragung ja gleich zu behandelnde Forderungsabtretung (s. Anm. 53): „Das abstrakte Rechtsgeschäft der Abtretung kann den verschiedensten wirtschaftlichen Zwecken dienen. Aber es darf nicht dazu mißbraucht werden, um den Gegner und auch den Staat der Möglichkeit zu berauben, ihren Rechtsanspruch auf Erstattung oder Zahlung der Kosten zu verwirklichen. Erfolgt

---

Anm. 49. Warn. R. 1920, Nr. 147, S. 180.
Anm. 50. vgl. RGZ. Bd. 68, S. 100/101.
JW. 1912, S. 235/236, Nr. 2. RGZ. Bd. 75, S. 74/75.
JW. 1920, S. 707, Nr. 6. JW. 1913 S. 682/683, Nr. 1.
Warn. R. 1920, Nr. 147. Warn. R. 1912, Nr. 243, S. 278.
Anm. 51. vgl. RGZ. Bd. 75, S. 75.
Anm. 52. vgl. RGZ. Bd. 63, S. 186.
Anm. 53. So RGZ. Bd. 81, S. 176.

die Abtretung lediglich zu diesem Zwecke, ohne berechtigten Interessen des Abtretenden zu dienen, so ist ihr nach § 138 Abs. 1 BGB. die rechtliche Anerkennung zu versagen."

Hier wird also gesagt, daß § 138 Abs. 1 BGB. in einem ganz bestimmten Falle auch auf ein abstraktes Rechtsgeschäft Anwendung finden kann.

Noch ein zweites Mal (schon 1909) setzte sich das RG. mit einer ähnlichen Frage auseinander. (s. Anm. 54.) Zunächst wird davon ausgegangen, daß der in der Rechtslehre teilweise vertretenen Ansicht nicht beigetreten wird (s. Anm. 55), daß eine Abtretung nach § 138 BGB. nichtig sein soll, die lediglich zu dem Zwecke geschieht, den materiell als Kläger interessierten Zedenten im Prozesse zum Zeugen (in eigener Sache) zu stempeln. Das RG. fährt dann aber fort: „Selbstverständlich kann der von dem abtretenden Gläubiger verfolgte Zweck, zum gerichtlichen Zeugnis zugelassen zu werden, im einzelnen Falle mit einem weiteren Zwecke von der Art verknüpft werden, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten anerkannt werden muß. Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn der Gläubiger es bei der Abtretung darauf abgesehen hätte, nicht nur als Zeuge vernommen zu werden, sondern auch bei seiner Vernehmung die Unwahrheit zu sagen."

Auch hier wird also — im Gegensatz zu dem an anderer Stelle geäußerten Grundsatz — vom RG. zugegeben, daß das einzig und allein auf den Übergang der Forderung gerichtete abstrakte Geschäft gegen die guten Sitten verstoßen kann.

Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung des RG. zeigt ein verstärktes Abrücken von der ursprünglichen Ansicht. Es wird nun allgemeiner anerkannt, daß auch das Erfüllungsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sein kann. Eine Gegenüberstellung verdeutlicht dies:

Das RG. (s. Anm. 56) sagt einmal in einem Falle, wo ein Grundgeschäft vorliegt, nach dem A der B verspricht, für gewährten und noch zu gewährenden Geschlechtsverkehr eine Hypothek abzutreten: „Die nach § 138 Abs. 1 BGB. etwa begründete Nichtigkeit würde doch nicht die Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit des abstrakten Erfüllungsgeschäfts ergeben."

Auf der anderen Seite sagt eine neuere Entscheidung folgendes (s. Anm. 57): „Wenn sich eine Ehefrau als Gegenleistung dafür, daß sie die Scheidung durchführt, das Eigentum

Anm. 54. So Gruchots Beitr., 53. Jahrg., Nr. 53, S. 912, 913.

Anm. 55. Staudinger, II. Bd., 1. Teil, S. 801, zu § 398, hat im Vergleich zur früheren Auflage seine Ansicht im Sinne des RG. geändert. vgl. RGZ. Bd. 81, S. 160.

Anm. 56. vgl. Seuff. Arch. Bd. 69, S. 90, Nr. 47.

Anm. 57. So JW. 1934, S. 2969.

an einem Grundstück übertragen läßt, so ergreift die Nichtigkeit dieses Geschäfts ausnahmsweise auch das Erfüllungsgeschäft, weil gerade durch dieses der sittenwidrige Zweck verfolgt worden ist."

Im Sinne dieser Entscheidung hat sich die Rechtsprechung des RG. zu § 138 Abs. 1 BGB. folgendermaßen modifiziert:

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß der genannte Nichtigkeitsgrund keine Anwendung auf das Erfüllungsgeschäft findet. Eine Ausnahme ist nach heute herrschender Rechtsprechung aber dann gegeben, wenn gerade der dingliche Rechtsvorgang unsittliche Zwecke verfolgt, oder wenn gerade in ihm das Unsittliche liegt. (s. Anm. 58.)

§ 9. Das Verhältnis von Grundgeschäft und Erfüllungsgeschäft nach anderen im Gesetz genannten allgemeinen Gesichtspunkten

I. Die Rechtswirksamkeit des Grundgeschäfts als Bedingung für die Gültigkeit des Erfüllungsgeschäfts

Während es sich bei der bisher erörterten Frage, ob die allgemeinen Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe auch auf das Erfüllungsgeschäft Anwendung finden können, nur um die Anwendung gesetzlicher Vorschriften auf den normalen Tatbestand handelt, kommt bei der Frage der Bedingtheit des Erfüllunggeschäfts als neues Moment in das Verhältnis zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft der Parteiwille hinzu, und es ist beim Bejahen dieses Umstandes eine echte Anhängigkeit zwischen beiden Geschäften gegeben.

Von der Wissenschaft ist schon beim Inkrafttreten des BGB. betont, daß die Anwendung des Parteiwillens infolge der nach bürgerlichem Recht zulässigen bedingten Verfügung (auf die Ausnahme des § 925 Abs. 2 BGB. wird noch eingegangen) dazu dienen kann, das starre Prinzip des BGB. im Sinne einer gewissen Abhängigkeit zu modifizieren. Vgl. z. B. Krückmann

Anm. 58. vgl. HRR. 1930, Nr. 595. HRR. 1933, Nr. 469.
DJ. 1934, S. 1320. RGZ. Bd. 109, S. 202.
vgl. auch Warn. R. 1913, Nr. 129, S. 164/165, wonach Verfügungen nichtig sind; „denn es verstößt gegen die guten Sitten, wenn zur Sicherstellung eines einzelnen Gläubigers diesem nicht nur die gesamten gegenwärtigen, sondern auch im voraus alle zukünftigen Aktiven eines kaufmännischen Geschäfts übertragen werden, und trotzdem gemäß Vereinbarung das Geschäft, und zwar zunächst im Interesse des sichergestellten Gläubigers, unter Aufrechterhaltung des äußeren Scheins der Kreditwürdigkeit fortgeführt wird, obgleich doch jede im redlichen Handel vorausgesetzte Grundlage für den zum Fortbetrieb erforderlichen Kredit beseitigt ist." (Eine Entscheidung von unbedingter Lebensnähe!).

(s. Anm. 59), der betont, daß die Praxis von dem Rechte der freien Auslegung des Parteiwillens nach der Gesamtheit aller in Betracht kommenden Umstände den notwendigen Gebrauch machen müsse. In der heutigen Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten, daß die Rechtsgültigkeit bzw. das wirksame Bestehen des Grundgeschäfts zur ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung erhoben werden kann. (s. Anm. 60.)

Es sei dahingestellt, wie dieser Grundsatz im einzelnen von der Literatur abgeändert oder auch bekämpft worden ist; (s. Anm. 61) in diesem Zusammenhange kommt es vor allem auf die Einstellung der Rechtsprechung an.

An Entscheidungen sind hier vor allem folgende zu nennen:

Das RG. (s. Anm. 62) sagt einmal in der Entscheidung, die der Ausgangspunkt für die Judikatur und fast die gesamte Literatur gewesen ist:

„Findet hiernach rechtsbegrifflich eine Anhängigkeit nicht statt, so wird doch häufig, insbesondere gerade im Falle der Gleichzeitigkeit der Geschäfte, von den Kontrahenten eine Abhängigkeit in Gestalt der Bedingtheit des dinglichen Geschäfts von der rechtlichen Wirksamkeit des obligatorischen gewollt sein, und der Verwirklichung des Parteiwillens stellt das Gesetz Hindernisse nicht entgegen. Das dingliche Geschäft ist nicht dergestalt formal, daß es nicht kraft Parteiwillens in angegebener Art in ein Anhängigkeitsverhältnis zu dem obligatorischen gesetzt werden könnte." (Doch ist zu erwähnen, daß in dieser Entscheidung das RG. nicht aus diesem Gesichtspunkt, sondern aus § 138 Abs. 2 BGB. die Nichtigkeit des abstrakten Geschäfts angenommen hat.)

Anm. 59. vgl. Krückmann, Über abstrakte und kausale Tradition und § 929 BGB. in Arch. für Bürg. R. Bd. 13, S. 10.

Anm. 60. vgl. im einzelnen:

Bruck, Einigung, S. 25.

Biermann, Sachenrecht, S. 4, insbes. S. 200.

Kriegsmann, Der Rechtsgrund (causa) der Eigentumsübertragung. S. 98 ff.

Lehmann, Allg. T., S. 160.

Nissen, JW. 1904, S. 348.

Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft, in LZ. 1909, S. 614/615.

Partsch, Vom Berufe des Römischen Rechts, S. 34.

Wolff, Sachenrecht, S. 201, auch S. 104.

Staudinger, I. Bd., S. 406.

Staudinger, III. Bd., S. 448.

Planck, III. Bd., 1. Hälfte, S. 144 (allerdings mit der Einschränkung, daß die Bedingung irgendwie zum Ausdruck gebracht werden muß).

Anm. 61. vgl. Breyhan, Abstrakte Übereignung und Parteiwille, S. 45 ff.

Prinz, Der Kampf gegen die abstrakte Eigentumsübertragung.

Förster, Veräußerung von Grundstücken mit Bordellbetrieb, im Recht 1905, S. 356.

Anm. 62. vgl. RGZ. Bd. 57, S. 95.

Diese Ansicht findet sich in den verschiedensten Entscheidungen des RG. (s. Anm. 63.)

In diesen Entscheidungen wird durchgehend die Frage der Bedingung als einer der Ausnahmefälle hingestellt (vgl. vor allem die neueren Entscheidungen HRR. 1930 Nr. 595 und HRR. 1933 Nr. 469), doch ist zu vermerken, daß regelmäßig in den Entscheidungen eine Anwendung dieses Grundsatzes nicht stattfindet, sondern er nur in die Form einer Erwägung gekleidet ist. So hat sich keine fest umrissene Praxis bilden können, vor allem nicht zu der Frage der stillschweigenden Bedingung.

Die Oberlandesgerichte haben diesen vom Reichsgericht mehr theoretisch ausgeführten als praktisch angewandten Gedanken, das abstrakte Erfüllungsgeschäft durch Annahme einer Parteibedingung auszuschließen, sofort aufgegriffen. Besonders die Entscheidung Bd. 57/95 ist hierbei von besonderem Einfluß gewesen. (s. Anm. 64.) So zeigt z. B. eine Entscheidung des OLG. Frankfurt (s. Anm. 65) neben der Erwägung des Wortlautes von § 138 Abs. 2 BGB. auch die Bezugnahme auf den Gedanken der Bedingung; sehr weitgehend Hans. OLG. (s. Anm. 66), das allerdings bei der Begründung seiner Ansicht — wie Breyhan nachgewiesen hat (s. Anm. 67) — einige Reichsgerichtsentscheidungen zu Unrecht zitiert. Ebenfalls zustimmend äußert sich das OLG. Stuttgart. (s. Anm. 68.) Erwähnt wird dieser Gesichtspunkt auch in dem Urteil des OLG. Kiel (s. Anm. 69), das sich im übrigen gegen die Rechtsprechung des RG. zu § 138 Abs. 1 BGB. wendet.

Zu bemerken ist aber, daß die Anwendung dieses Grundsatzes sich auf die Rechtsübertragung bei Mobilien und Forderungen usw. beschränken muß, da bei der Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB.) das Gesetz im Wege steht. Die Beifügung einer gewillkürten Bedingung würde die Auflassung unwirksam, d. h. nichtig machen. (s. Anm. 70.)

Anm. 63. vgl. RGZ. Bd. 104, S. 102 ff. Doch bleibt hier die Entscheidung der Frage dahingestellt.
HRR. 1933, Nr. 469. RG. in JW. 1903, S. 83 (III. Strafsenat).
Warn. R. 1913, Nr. 129, S. 164. HRR. 1930, Nr. 595.

Anm. 64. So Breyhan, Abstrakte Übereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung, S. 40.

Anm. 65. Das Recht, 1906, Nr. 2565, S. 1131.

Anm. 66. HGZ. 1917, B. 174. Zitiert nach Breyhan, a. a. O., S. 41.

Anm. 67. Breyhan, a. a. O., S. 41/42, insbes. S. 41, Anm. 3.

Anm. 68. OLG. Bd. 43, S. 221.

Anm. 69. LZ. 1920, S. 255.

Anm. 70. vgl. Breyhan, a. a. O., S. 34. Staudinger, III. Bd., 1. Teil, S. 415.

Ferner OLG. Bd. 2, S. 2, OLG. Bd. 20, S. 70, OLG. Bd. 5, S. 252. Wohl aber kann der Eintragungsantrag und die Eintragungsbewilligung bedingt sein.

Anders verhält es sich mit den Rechtsbedingungen. (s. Anm. 71.) Die Beifügung einer solchen ist wirkungslos (s. Anm. 72), die Auflassung ist trotzdem wirksam (s. Anm. 73.)

Noch zu erwähnen ist, daß die Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung durch die Eintragung einer Vormerkung zu umgehen ist. (s. Anm. 74.) Es ließe sich also eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Verkäufers auf Rückauflassung eintragen, falls der Bedingungsfall eintreten sollte. Die Parteien könnten also zwar keine echte Abhängigkeit des Erfüllungsgeschäfts vom Grundgeschäft durch ihre Willensäußerungen herbeiführen; denn das Eigentum ist in der Zwischenzeit durch die Auflassung übergegangen, sie könnten aber i. V. mit §§ 885, 888 BGB. den wirtschaftlichen Enderfolg herbeiführen, der durch eine echte Abhängigkeit von vornherein gegeben wäre. Dieses Verfahren hat aber mit unserem Problem nichts mehr zu tun, und man kann es auch nicht zur Stützung des geltenden Unabhängigkeitsprinzips verwenden; denn zu dem Gesamtvorgang kämen noch die nach § 884 BGB. notwendigen Maßnahmen hinzu. Die Eintragung würde Kosten verursachen. Mit einer einfachen und lebensnahen Regelung hat dieser Weg also nichts zu tun; und außerdem käme er nur dem genauen Kenner des Rechts zugute. Es entspricht auch in keiner Weise dem Rechtsempfinden, auf einem derartigen Umwege zu einem wirtschaftlich als selbstverständlich angenommenen Ergebnisse zu kommen.

II. Das Verhältnis des Grundgeschäfts zum Erfüllungsgeschäft unter dem Gesichtspunkt des § 139 BGB.

In der Rechtslehre und Rechtsprechung spielt ferner der Gesichtspunkt des § 139 BGB. eine Rolle, um das Prinzip der Unabhängigkeit zugunsten einer echten Abhängigkeit einzuengen und zu durchbrechen. Würde man nämlich bejahen, daß Grund- und Erfüllungsgeschäft zusammengenommen als „ein Rechtsgeschäft" im Sinne des § 139 BGB. zu gelten haben, so bedeutete dies praktisch, daß die Erfüllungsgeschäfte ihrer abstrakten Natur entkleidet würden, da dann regelmäßig die Nichtigkeit des Grundgeschäfts die des Erfüllungsgeschäfts zur Folge haben würde, es sei denn, es wäre anzunehmen, daß das Erfüllungsgeschäft auch ohne

Anm. 71. Zum Begriff der Rechtsbedingung s. Lehmann, Allg. T., S. 246. Vor allem aber Oertmann, Die Rechtsbedingung (conditio iuris), insbes. S. 28 ff., S. 42 ff.

Anm. 72. vgl. Lehmann, Allg. T., S. 246. Breyhan, a. a. O., S. 34.

Anm. 73. vgl. OLG. 2. Bd., S. 2; OLG. 20. Bd., S. 70.

Anm. 74. K. d. RGR. I. Bd., S. 275. Staudinger, III. Bd., 1. Teil, S. 415.

das nichtige Grundgeschäft von den Parteien vorgenommen wäre. Da dieser letzte Fall wohl kaum einmal eintreten wird, so würde die unbeschränkte Anwendung des § 139 BGB. tatsächlich das herrschende Prinzip aufheben.

Die Rechtslehre hat sich in überwiegender Weise für eine Anwendung des § 139 BGB. auf das Verhältnis zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft ausgesprochen. (s. Anm. 75.)

Doch haben sich auch namhafte Stimmen gegen die Möglichkeit der Anwendung des § 139 BGB. gewandt, da es verfehlt sei, eins der großen Grundprinzipien des BGB. auf diesem Wege außer Kraft zu setzen. (s. Anm. 76.)

Maßgeblich für die weitere Bearbeitung, wie sie sich diese Arbeit zum Ziel gesetzt hat, ist die Einstellung der Rechtsprechung zu diesem Problem.

Von vornherein festzustellen ist, daß die Literatur — vor allem die Kommentare — sich bei ihrer Entscheidung für eine Anwendung des § 139 BGB. zu sehr auf die Rechtsprechung des RG. beruft. Das RG. hat diesen Gedanken keineswegs in dieser klaren Entschiedenheit herausgearbeitet. Es ist hierbei auch wiederum zu berücksichtigen, daß in den Entscheidungen

Anm. 75. vgl. im einzelnen:
André, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte, in Marburger Festgaben für Enneccerus, S. 14 ff.
Breyhan, Abstrakte Übereignung und Parteiwille, S. 102.
Enneccerus, Allg. Teil, S. 455 und S. 616, ferner S. 582/83.
Kaufmann, JW. 1904, S. 350.
Mügel, in Gruchots Beitr., 37. Jahrg., S. 337.
Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, S. 200 (anders Oertmann, in LZ. 1925, S. 1239).
Rumpf, in Arch. f. d. Ziv. Pr., 117. Bd., S. 374.
Wolff, Sachenrecht, S. 104, 201.
K. d. RGR., I. Bd., S. 233.
Planck, I. Bd., S. 371.
Planck, III. Bd., 1. Hälfte, 1933, S. 146, gibt diese bis zur vierten Aufl. vertretene Ansicht auf und beschränkt sich auf die Möglichkeit der Bedingtheit.
Staudinger, I. Bd., S. 407.
Staudinger, III. Bd., S. 117/18.
Anm. 76. vgl. im einzelnen:
Biermann, Sachenrecht, S. 4/5.
Bruck, Einigung, S. 65.
Goldmann, in Gruchots Beitr., 56. Jahrg., S. 161 ff., insbes. S. 172.
K. d. RGR. III. Bd., S. 43.
Lentschütz, in DJZ. 1909, S. 431.
Kriegsmann, a. a. O., S. 95.
Marcuse, in Gruchots Beitr., 66. Jahrg., insbes. S. 159—162.
Nissen, JW. 1904, S. 349.
Prinz, Der Kampf gegen die abstrakte Eigentumsübertragung, S. 139 f.
Staffel, in Sächs. Arch. 1899, S. 368.
von Tuhr, Der Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1. Hälfte, S. 286/87.

die drei Möglichkeiten der Unwirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts — Anwendung der allgemeinen Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe auch auf das Erfüllungsgeschäft, Bedingtheit des Erfüllungsgeschäfts durch die Wirksamkeit des Grundgeschäfts und § 139 BGB. — keineswegs klar auseinandergehalten werden und sich nicht immer sehen läßt, welchem dieser Gesichtpunkte das erkennende Gericht den Schwerpunkt für die Entscheidung beimißt.

Verschiedentlich hat man schon (s. Anm. 77) in einer älteren Entscheidung (s. Anm. 78) eine zustimmende Haltung des RG. sehen wollen. In dieser Entscheidung war vom RG. die Bedingtheit bejaht. (s. o.) Aus der ebenfalls in der Entscheidung enthaltenen Erwägung: „Aus der Nichtigkeit eines auf Sachleistungen gerichteten obligatorischen Vertrages folgt allerdings nicht mit Notwendigkeit die Nichtigkeit des dinglichen Rechtsgeschäftes, durch welches die Leistungen bewirkt werden, auch dann nicht, wenn beide Geschäfte gleichzeitig stattfinden, und wenn sie miteinander v e r e i n i g t sind. Beide gehören verschiedenen Rechtsgebieten an; das eine bezweckt nur relative, unter den Beteiligten bestehende Rechtsbeziehungen, während das andere absolut und nach allen Seiten hin zu wirken bestimmt ist", kann wohl nur auf eine Ablehnung der Anwendung des § 139 BGB. geschlossen werden. (s. Anm. 79.)

Ähnlich verhält es sich mit einer anderen Entscheidung (s. Anm. 80), in der ebenfalls von einer Einheitlichkeit der beiden Rechtsgeschäfte gesprochen wird, wo aber nur die Frage vom RG. entschieden wird, ob das Erfüllungsgeschäft wegen Irrtums angefochten werden kann.

Ausdrücklich erwähnt wird das Problem des § 139 BGB. in einer anderen Entscheidung des RG. (s. Anm. 81): hier wird die Frage, ob die Auflassung als dingliche Rechtsänderung unabhängig von dem zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäft gewollt ist und somit gemäß § 139 BGB. Bestand hat, als vorwiegend auf tatsächlichem Gebiet liegend bezeichnet.

Aber immerhin wird in dieser Erwägung — mehr ist es nicht, die Entscheidung erfolgt aus anderen Gesichtspunkten — die Anwendung des § 139 BGB. nicht als überhaupt unzulässig

---

Anm. 77. vgl. HGZ. 1907, B 166, zitiert nach Breyhan, a. a. O., S. 83.
Anm. 78. s. RGZ. Bd. 57, S. 95.
Anm. 79. So richtig Breyhan, a. a. O., S. 82.
Anm. 80. vgl. RGZ. Bd. 66, S. 385.
Anm. 81. s. RGZ. Bd. 78, S. 41.

hingestellt. In der Literatur besteht im einzelnen Streit über die Bedeutung dieser Entscheidung. (s. Anm. 82.)

In einigen anderen Entscheidungen (s. Anm. 83) lehnt das RG. die Anwendung ab, ohne sich aber eigentlich zum Problem zu äußern. Bei der einen Entscheidung (s. Anm. 83 a) ist nicht genau ersichtlich, ob es sich um eine Verquickung mit der Lehre von den Unwirksamkeitsgründen handelt, wo für Formmängel eine besondere Regelung gilt, und bei der anderen Entscheidung (s. Anm. 83 b) wird § 139 BGB. deshalb abgelehnt, weil Erfüllungsgeschäfte selbständig zu beurteilen sind und von den Willensfehlern, die dem Grundgeschäft anhaften, nicht ohne weiteres ergriffen werden. Auch hier liegt scheinbar wieder ein Herüberspielen in andere Gesichtspunkte vor. (s. Anm. 84.)

In einer weiteren Entscheidung äußert sich das RG. streng ablehnend (s. Anm. 85):

„§ 139 BGB. betrifft nur den Fall, daß ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig ist. Der Kaufvertrag aber und die Einigung über den Eigentumsübergang stellen sich auch dann nicht als ein einheitliches Rechtsgeschäft dar, wenn die Erklärungen der Beteiligten darüber in einer Urkunde oder sonst gleichzeitig abgegeben worden sind. Denn der Kaufvertrag ist ein schuldrechtlicher Vertrag, und der auf seine Erfüllung gerichtete dingliche Vertrag auf Eigentumsübertragung ist ein für sich bestehendes sachenrechtliches Verfügungsgeschäft; beide Verträge werden daher nicht dadurch, daß sie in einer Urkunde oder sonst gleichzeitig getätigt werden, zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft, von welchem der Kaufvertrag ein Teil wäre. (s. Anm. 86. Es wäre auch kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, im Falle getrennter Tätigung die Wirksamkeit des dinglichen Vertrages trotz Nichtigkeit des Kaufvertrages zu bejahen, dagegen im Falle gleichzeitiger Vornahme beider Verträge in einem Akte dem dinglichen Vertrage die Wirksamkeit zu versagen."

Anm. 82. s. Breyhan, a. a. O., S. 117, Anm. 9. Nach Wolff, Sachenrecht, S. 104, insbes. 16, spricht diese Entscheidung gegen eine Anwendbarkeit des § 139 BGB. Das RG. äußert sich selbst im ablehnenden Sinne in Gruchots Beitr., 62. Jahrg., S. 635 ff. (s. weiter unten bei der Besprechung dieser Entscheidung).

Anm. 83 a) RG. in JW. 1911, S. 653.

b) Gruchots Beitr., 56. Jahrg., S. 872/73.

Anm. 84. vgl. auch Breyhan, a. a. O., S. 86.

Anm. 85. vgl. Gruchots Beitr., 62. Jahrg., S. 640/641. Ferner LZ. 1918, S. 1271.

Anm. 86. An dieser Stelle wird RGZ. Bd. 78., S. 44 zitiert. Daraus ergibt sich, daß der 5. Senat in RGZ. 78/44 eine Verneinung der Anwendung von § 139 BGB. sieht. s. o.

Ablehnend äußert sich auch RG. in JW. 1920, S. 707. (s. Anm. 87.)

Zwei weitere Entscheidungen sind wohl als Bejahung der Anwendbarkeit des § 139 BGB. zu werten. Einmal (s. Anm. 88) sagt das RG. — aber wiederum nur in der Form einer Erwägung —, „daß es schon nähergelegen hätte, wenn das Gericht (OLG.) nach § 139 BGB. die Frage aufgeworfen hätte, ob anzunehmen sei, daß die Kontrahenten das einheitliche Rechtsgeschäft auch ohne den obligatorischen Teil vorgenommen hätten". Ähnlich, wenn auch sehr unsicher und nicht entschieden, äußert sich eine weitere Entscheidung. (s. Anm. 89.)

Auch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zeigt dasselbe uneinheitliche und wenig begründete Bild. (s. Anm. 90.)

Hinzuzufügen ist noch, daß auch bei dem Gedanken, den § 139 BGB. auf das Verhältnis zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft anzuwenden, für die Auflassung eine Ausnahme in Hinblick auf § 925 Abs. 2 BGB. zu machen ist. Diese Erwägung ist in der Rechtsprechung des RG. kaum zu finden; das hat aber seinen Grund darin, daß § 139 BGB. ausdrücklich dort meist gar nicht erwähnt wird, in den sonstigen Fällen aber auch nicht nach dieser Vorschrift entschieden wird, sondern sie höchstens nebenbei herangezogen wird. Dagegen hat das Kammergericht diesen Grundsatz klar herausgestellt (s. Anm. 91): „Mit Rücksicht auf § 925 Abs. 2 BGB. ist eine Ver-

Anm. 87. So Breyhan, a. a. O., S. 88.

Anm. 88. vgl. RGZ. Bd. 70, S. 88.

Anm. 89. vgl. RGZ. Bd. 79, S. 182.

Anm. 90. vgl. im wesentlichen:

OLG. Bd. 11, S. 303/304. Es ist hierin die Rede vom einheitlichen Zusammenhange. Das Problem ist aber nicht scharf getrennt von der Lehre von den Unwirksamkeitsgründen.

OLG. Bd. 13, S. 321. Unbedingt bejahend.

Seuff. Arch. 65. Bd., S. 218, Nr. 112. Ebenfalls bejahend.

OLG. Bd. 22, S. 126, behandelt Grund- und Erfüllungsgeschäfte ebenfalls als ein Ganzes (wenn auch in anderem Zusammenhange).

Seuff. Arch. Bd. 66, Nr. 183, S. 354, ablehnend für den Fall einer Zession: „Allein auch wenn der enge Zusammenhang beider Rechtsgeschäfte nicht zu bestreiten ist, da die Abtretung sich als Erfüllung des Kausalgeschäfts darstellt, so ist doch nicht anzuerkennen, daß der § 139 BGB. auf das Verhältnis eines abstrakten Rechtsgeschäftes zu einem Kausalgeschäft ohne weiteres anwendbar ist. Der Zweck des abstrakten Rechtsgeschäfts ist gerade der, im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs eine Rechtswirkung unabhängig von der Verwirklichung des von den Parteien mit dem Rechtsgeschäft beabsichtigten Zweckes eintreten zu lassen. Dieser Bestimmung des abstrakten Rechtsgeschäfts würde es widersprechen, wollte man auf der anderen Seite wiederum das abstrakte Rechtsgeschäft bloß deshalb unwirksam sein lassen, weil das Kausalgeschäft der Rechtswirksamkeit entbehrt."

Anm. 91. s. OLG. Bd. 43, S. 219.

knüpfung eines einheitlichen Rechtsgeschäfts gemäß § 139 BGB. rechtlich unmöglich und daher nicht anzunehmen. Nach § 925 BGB. ist die Auflassung unter einer Bedingung unzulässig; um eine solche würde es sich allerdings nicht handeln, wenn die Auflassung mit dem Schuldvertrage zu einem Rechtsgeschäft zusammengefaßt würde. Die Verbindung nach § 139 BGB. schafft aber ein ganz ähnliches Verhältnis wie beim bedingten Geschäft (André, Festgabe für Enneccerus, S. 14) und muß daher dem § 925 Abs. 2 BGB. unterstellt werden, mithin zur Unwirksamkeit der Auflassung führen."

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß von der Rechtsprechung überwiegend eine Anwendung des § 139 BGB. auf das Verhältnis vom Grund- zum Erfüllungsgeschäft abgelehnt wird.

III. Teil

Rechtspolitische Betrachtung der bestehenden Regelung

§ 10. Der bisherige Kampf de lege ferenda gegen die Trennung der Grund- und Erfüllungsgeschäfte

Die Regelung, wie sie das BGB. in einer derartig einschneidenden Frage gebracht hat, ist natürlich nicht ohne Anfeindung geblieben. Dahingestellt bleiben all die Stimmen, die sich bemühen, auf dem Boden des geltenden Gesetzes an den drei geschilderten Einbruchsstellen eine Milderung und Durchbrechung des Prinzips herbeizuführen. Denn das eigentliche hier gestellte Problem wird durch diese Versuche nicht berührt. Es interessieren nur die Angriffe grundsätzlicher Art gegen das geltende Prinzip.

Die eine Gruppe der grundsätzlichen Gegner argumentiert damit, daß die causa eine psychologische und unbedingt erforderliche Voraussetzung für den Rechtsübergang sei: sie lasse sich aus logischen Gründen nicht ausscheiden. (s. Anm. 1.)

So wird z. B. von Kloeppel (s. Anm. 2) die Auffassung des Entwurfs als ein Denkfehler bezeichnet, der sich an das Gespenst des abstrakten Willens haftet.

Anm. 1. z. B. Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, S. 4, 14, 128 ff., 146.
Opitz, Gutachten über den Entwurf eines BGB., S. 23.
Krückmann, Über abstrakte und kausale Tradition, in Arch. f. Bürg. R. Bd. 13, S. 1 ff., insbes. S. 7.
Anm. 2. Kloeppel, in Gruchots Beitr., 32. Jahrg., S. 646.

Gegen diese Angriffe ist von den Anhängern des geltenden Prinzips energisch Front gemacht worden. (s. Anm. 3.) Und in der Tat kann diese Art von Einwendungen das herrschende Prinzip nicht erschüttern. Die Ausführungen dieser Gegner sind zwar insofern richtig, als einer Rechtsübertragung eine causa zugrunde zu liegen pflegt, aber diese Angriffe übersehen, daß das Problem ja gerade darin besteht, daß die geltende Regelung die Notwendigkeit der causa zwar anerkennt, sie aber durch einen künstlichen Abstraktionsprozeß in das Gebiet der für das Erfüllungsgeschäft unerheblichen Tatsachen verweist. (s. Anm. 4.) Der Wille wird auch nach der geltenden Regelung nur aus technischen Gründen „als abstrakt fingiert". (s. Anm. 5).

Und diese künstliche Abstraktion ist zwar fiktiv und mechanisch, aber sie ist nicht logisch und psychologisch unmöglich.

Andere Angriffe auf die geltende Regelung lassen sich bereits dahingehend zusammenfassen, daß sie auf rechtspolitischen Erwägungen beruhen. Doch fällt hier bei diesen Äußerungen auf, daß sie meist nur in allgemeinen Worten gehalten sind und den angeschnittenen Gedankengängen nicht nachgehen und sie nicht erschöpfen. Auch wird meist nur mit einem Bruchteil der rechtspolitisch anzustellenden Untersuchungen gearbeitet.

Hesse (übrigens eine Äußerung noch vor dem Entwurf zum BGB.) (s. Anm. 6) sagt zu der Trennung des Gesamtvorganges in Grund- und Erfüllungsgeschäft: „Die ganze Lehre halte ich wissenschaftlich für verfehlt, praktisch für überflüssig und zwecklos und dem Rechtsbewußtsein des Volkes schnurstracks zuwiderlaufend. Sie untergräbt die sittliche Grundlage des Rechts und wirkt demoralisierend auf das Volk." (s. Anm. 7.)

Ähnlich äußert sich Menger (s. Anm. 8): „Je mehr die Wurzeln, welche die Eigentumsordnung mit dem gesamten Volksleben verbinden (in Beziehung zu unserem Problem), zerrissen werden, desto sicherer muß die Geltung des Eigen-

Anm. 3. vgl. z. B. Prinz, a. a. O., S. 17—19.

Anm. 4. vgl. Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes, in Leonhards Studien zur Erläuterung des Bürg. Rechts, Heft 6, S. 36/37, 62, 84.

Anm. 5. vgl. Prinz, a. a. O., S. 19.

Anm. 6. Hesse, Über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts, 1858, S. 2.

Anm. 7. Hesses Schrift wendet sich gegen die Lehre Bährs (s. a. a. O., Vorwort, S. VII). „Das Anerkenntnis als Verpflichtungsgrund", dessen Stellung zu unserem liberalistisch beeinflußten Recht in der heutigen rechtspolitischen Bearbeitung wieder eine Rolle spielt. vgl. die Andeutung von Bung in der „Kritischen Umschau" im Deutschen Recht 1935, S. 197.

Anm. 8. Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, in Arch. Soc. Ges. Bd. 2, S. 419 ff., insbes. S. 420, 421, 424.

tums in dem Rechtsbewußtsein der Nation erschüttert werden. — Man kann mit gutem Grund behaupten, daß die Verfasser des Entwurfs bei der Entwerfung des Sachenrechts kaum ein höheres Ziel verfolgt haben als die Erleichterung des Güterumlaufs und die Bequemlichkeit des juristischen Handwerks."

Kindel (s. Anm. 9) steht auf dem Standpunkt, daß die abstrakte Regelung jeder Moral widerspreche und den Betrug unter den Schirm des Gesetzes stelle.

Gierke (s. Anm. 10) äußert sich dahingehend, daß die geltende Regelung das materielle Recht bedrohe. Auch inhaltlich sei eine doktrinäre Vergewaltigung des Lebens gegeben. „Indem zwei gegeneinander selbständige Verträge erdichtet werden, wird nicht nur der wirkliche Hergang auf den Kopf gestellt, sondern auch das materielle Recht durch Überspannung eines formalen Gedankens geschädigt."

Gerson (s. Anm. 11) endlich führt aus, daß alle möglichen vom Gesetz im allgemeinen Teil mißbilligten Geschäfte Schutz und Legalität unter dem weiten Deckmantel des abstrakten Prinzips erhalten. (s. Anm. 12.)

Diese Angriffe lassen sich auf einen gemeinsamen Nenner bringen. Es wird der geltenden Regelung vorgeworfen, daß sie dem Volksempfinden widerspreche und der wirklichen Lage des Lebensvorganges keine Rechnung trage. Das Zerreißen des Gesamtvorganges sei unnatürlich und künstlich.

Aber noch mehr ist aus den zitierten Erwägungen zu entnehmen: Durch die abstrakte Regelung wird im Enderfolg wirtschaftlich dynamisch etwas gebilligt, was das Recht an sich selbst verwirft. Trotz unsittlichen Kaufvertrages, der aus ethischen und sittlichen Gründen nicht zu billigen ist, geht nach dem abstrakten Prinzip Eigentum über.

Zu all diesen Punkten sind noch nähere Ausführungen erforderlich.

Anm. 9. Kindel, Das Recht an der Sache, S. 6. Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, S. 77, 147, 148.

Anm. 10. Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Recht, insbes. S. 314/315, 336.

Anm. 11. Gerson, Einige Bemerkungen, betr. die Angabe des Rechtsgrunds bei dem Übereignungsvertrage, in Arch. f. Bürg. R. Bd. 2, S. 69/72.

Anm. 12. Noch andere wären hier zu nennen (gegen die Ausdehnung dieses Prinzips auch Leonhard, Verh. des 20. Deutschen Juristentages, III. Bd., S. 90). Doch führen sie im wesentlichen nur die soeben dargestellten Gedanken aus, während sie sich im übrigen bemühen, auf dem Boden des Gesetzes einen Ausweg zu finden. Eine besondere Stellung nehmen die historischen und dogmatischen Angriffe Strohals (Rechtsübertragung und Kausalgeschäft, in Jhr. Jhrb. Bd. 27, S. 335 ff.) ein. Sie lassen sich in diese kurze Übersicht nicht eingliedern und werden deshalb an den betreffenden Stellen der Arbeit zitiert.

Von den Anhängern des Abstraktionsprinzips wird diesen Angriffen immer entgegengehalten, daß sie von maßloser Übertreibung diktiert seien. (s. Anm. 13.) Gegen diese Art der Ablehnung ist zu sagen, daß es nicht angängig ist, Vorwürfe, die nicht von konstruktiver Art, sondern von rechtspolitischer, ideeller und lebensverbundener Begründung getragen sind, so kurz abzutun, ohne ihnen rechtspolitisch und weltanschaulich auf den Grund gegangen zu sein.

§ 11. Die geltende Regelung und das Rechtsempfinden

Wie schon ausgeführt, wurde der geltenden Regelung vorgeworfen, daß sie dem Volks- und Rechtsempfinden widerspreche. Diesem Vorwurf ist bis zur jüngsten Zeit immer wenig Beachtung geschenkt worden. Man hat ihn von der Warte einer konstruktiven Rechtswissenschaft aus formaljuristischen Gründen verworfen.

Ehe nun auf die Frage im einzelnen einzugehen ist, muß zunächst festgelegt werden, welche Stellung ein derartiger Vorwurf in der heutigen rechtspolitischen Betrachtungsweise einnimmt. Von diesem Ausgangspunkt aus sind vor allem zwei Forderungen zu stellen: 1. Der rechtspolitisch Denkende hat festzustellen, welches grundsätzliche Rechtssystem der nationalsozialistischen Weltanschauung entspricht. 2. Der Rechtsdiener hat nicht für seine Normen, sondern für die Gemeinschaft aller Rechtsgenossen zu arbeiten. (s. Anm. 14.)

Der nationalsozialistischen Weltanschauung aber entspricht es nun, daß das Gesetz immer mit den Lebensverhältnissen und dem Volks- und Rechtsempfinden übereinzustimmen hat. Das Gesetz hat sich der Sachlage, über die es richten soll, in seinen Grundprinzipien anzupassen, und zwischen lebendiger Anschauung und der Festlegung der Normen darf keine Kluft bestehen.

Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, ist also eine der wichtigsten rechtspolitischen Forderungen, die an ein Gesetz zu stellen sind, die grundsätzliche Übereinstimmung mit dem natürlichen Empfinden der Rechtsgenossen, und zwar sowohl in der Denkweise als auch im Ergebnis.

Anm. 13. Prinz, a. a. O., S. 24.
Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 22.

Anm. 14. Diese Gedankengänge sind vom BNSDJ. immer wieder in den Vordergrund geschoben worden, vgl. z. B. Noack, auf einer Tagung des BNSDJ. 1934 in MNZ. Nr. 247/34, des weiteren vgl. Noack, JW. 34, 3182 „Nationalsozialistische Rechtspolitik".

Die geltenden Rechtsnormen, die in ihren Auswirkungen allerdings durch die Rechtsprechung schon vielfach modifiziert sind, nehmen auf dem Wege der Konstruktion den Willen, der erforderlich ist, um bei dem Gesamtvorgang der Güterdynamik Rechtswirkungen zu erzeugen, unter das Seziermesser und machen aus einem einheitlichen wirtschaftlichen Vorgang zwei rechtlich voneinander unabhängige Einrichtungen. Wenn nun jemand, der nicht durch die Schule juristischer Denkkonstruktion gegangen ist, gefragt wird: „Warum übergibst du dem X deine Sache?" dann wird er bestimmt nicht antworten: „Weil ich an X Eigentum übertragen will", sondern er wird sagen: „Weil ich sie verkauft habe!", oder „Weil ich 5 RM. dafür bekomme!" oder „Weil ich sie ihm geschenkt habe!"

Hiervon ist aber auszugehen. Dieser Vorstellung muß das Gesetz entsprechen. Da die herrschende Regelung dies aber nicht tut, ist festzuhalten, daß in der grundsätzlich bestehenden Unabhängigkeit zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäft eine gegen das Rechtsgefühl verstoßende Trennung tatsächlich zusammengehöriger Lebensvorgänge enthalten ist.

Zu diesem Ergebnis muß man bei einer Betrachtung des nun einmal bestehenden Grundsatzes ohne Rücksicht auf irgendwelche Modifikationen kommen. (s. Anm. 15.) Es soll hiermit also nicht gesagt sein, daß die fiktive Abstraktion logisch und psychologisch unmöglich ist, sondern daß diese künstliche Trennung dem tatsächlichen Vorgang und der Vorstellung derjenigen, die Geschäfte vornehmen, nicht entspricht.

Noch ein weiterer Gesichtspunkt ist hier — wie ebenfalls schon hervorgehoben — von Bedeutung. Bei den Unwirksamkeitsgründen des allgemeinen Teils, die sich in ihrem Tatbestand auf den Inhalt der Rechtsgeschäfte beziehen — §§ 134, 138 BGB. —, mißbilligt das Gesetz das Zustandekommen der Verträge, weil sie gegen die ethischen Werte der allgemeinen

Anm. 15. Einige besonders krasse Beispiele, in denen die Rechtsprechung in der Erkenntnis dessen, daß die vollkommene Durchführung des abstrakten Prinzips mit einem lebensnahen Recht im Widerspruch stehen würde, sich zu einer Nichtanwendung des Grundsatzes entschlossen hat, machen dies deutlich:

Im Falle eines Konkurses z. B. hat der Veräußerer an Stelle eines Aussonderungsrechts nur einen gewöhnlichen Konkursanspruch auf die Quote. Obwohl also die Rechtsordnung das Grundgeschäft mißbilligt, läßt sie nach dem Prinzip der Unabhängigkeit die Rechtsübertragung zum Nachteile des Veräußerers eintreten.

Ferner ist noch der Fall anzuführen, daß nach dem durchgeführten Prinzip der Unabhängigkeit beider Geschäfte der Veräußerer im Falle einer Pfändung der Zwangsvollstreckung gegen den Erwerber nicht entgegentreten kann. (vgl. Baumbach, ZPO. 1931, S. 1094: „Die Klage nach § 771 ZPO. geben nicht Ansprüche auf Verschaffung einer Sache, z. B. aus Bereicherung.")

Gerechtigkeitsidee, deren unmittelbarstes Ergebnis jedes normierte Gesetz sein muß, verstoßen. Nach dem herrschenden Grundsatz der Trennung findet diese Mißbilligung nur bei den obligatorischen Geschäften Anwendung. Der wirtschaftliche Erfolg — die Eigentumsübertragung, der Forderungsübergang u. a. m. — tritt ein. Es ergibt sich also das merkwürdige Bild, daß das Gesetz die Verpflichtung zu einer Leistung verurteilt und dieser Verpflichtung seine Unterstützung versagt, während es der Rechtsübertragung selbst nichts in den Weg legt. Abgesehen von den Gründen hierzu — die noch näher zu untersuchen sein werden — ergibt sich aus dieser Behandlung ein Widerspruch in der grundsätzlichen Einstellung des Gesetzes. Es ist der Standpunkt einzunehmen, daß auch dieser Widerspruch im Sinne der rechtspolitischen Forderungen, die an ein Gesetz zu stellen sind, zu verwerfen ist, und zwar dies um so mehr, als auch diese getrennte Behandlung von Verpflichtung zur Leistung und erfolgter Leistung selbst dem gesunden Rechtsempfinden nicht entspricht.

Bei der soeben stattgefundenen Untersuchung erwähnte ich besonders diejenigen Unwirksamkeitsgründe (§§ 134, 138 BGB.), die ihre Grundlage in dem verwerflichen Inhalt der Geschäfte haben. Ich hob diese besonders hervor, weil bei den anderen — von mir technischen genannten, s. § 12 — Unwirksamkeitsgründen nach der Untersuchung im Teil II dieser Arbeit durch die herrschende Rechtsprechung das von der Basis eines gesunden Rechtsempfindens aus zu erstrebende Ergebnis auf anderem Wege in der Regel wenigstens erreicht wird. Die Tatbestände des Nichtigkeitsgrundes der Geschäftsunfähigkeit, der Anfechtungsgründe des Irrtums, der arglistigen Täuschung und anderer Unwirksamkeitsgründe könnten nach herrschender Ansicht auch auf das abstrakte Geschäft Anwendung finden, wenn die besonderen Voraussetzungen dazu gegeben waren. Allerdings bleiben auch bei dieser so zusammengefaßten Gruppe von Unwirksamkeitsgründen Fälle übrig, bei denen das abstrakte Prinzip in voller Konsequenz zur Anwendung kommt.

Bei dem Nichtigkeitsgrund des Verbotsgesetzes dagegen gab es nach herrschender Rechtsprechung zwar auch Einzelfälle, bei denen der wirtschaftliche Erfolg nicht eintreten konnte; aber diese Beispiele trugen Ausnahmecharakter, während in der Regel die Anwendung des § 134 BGB. auf das Erfüllungsgeschäft zu verneinen ist.

Noch erheblicher ist die Anzahl der Geschäfte, bei denen der Unwirksamkeitsgrund das abstrakte Geschäft nicht ergreift, im Anwendungsgebiet des § 138 Abs. 1 BGB. Hier nahmen die

Erfüllungsgeschäfte, die auch einmal von diesem Nichtigkeitsgrund ergriffen werden konnten, eine ganz besondere Ausnahmestellung ein. (Das RG. hatte sich zu diesen ganz wenigen Ausnahmefällen entschlossen, wenn eine strenge Durchführung des Abstraktionsprinzips jedem gesunden Rechtsempfinden in ganz außerordentlich erheblicher Weise widersprochen hätte.)

Während also bei der ersten zusammengefaßten Gruppe von Unwirksamkeitsgründen die Fälle, in denen im Enderfolg ein Nichtergreifen des Erfüllungsgeschäfts eintritt, verhältnismäßig selten sind, ist bei der zweiten Gruppe das umgekehrte Verhältnis der Fall.

Die Fälle der letzten Gruppe verdienen rechtspolitisch noch eine besondere Betrachtung. Es wird bei §§ 134, 138 BGB. in der Regel so sein, daß beide Teile gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen haben; denn nur unter dieser Voraussetzung tritt überhaupt erst einmal die Nichtigkeitsfolge — wenn auch nur beim obligatorischen Geschäft — ein. Dadurch unterscheiden sich diese Unwirksamkeitsgründe von denen der ersten Gruppe. Dort war es so, daß der Anfechtungsberechtigte betrogen war, oder bedroht war, oder er hatte sich geirrt. Er verdiente also aus rechtspolitischen Erwägungen den meisten Schutz, und es ist recht und billig, daß ihm auch das Vollrecht (Eigentum oder Innehabung der Forderung u. a. m.) blieb oder nach erfolgter Anfechtung durch Gesetz wieder verschafft wurde. Ebenso ist es bei dem Nichtigkeitsgrund der Geschäftsunfähigkeit. Es kann sein, daß der Übereignende oder Abtretende geschäftsunfähig ist, dann verdient er Schutz wegen Fehlens jeder rechtlich erheblichen Einsichtsfähigkeit. Es kann auch sein, daß der andere Teil geschäftsunfähig ist, dann verdient derjenige, der das Recht überträgt, um deswillen Schutz, weil er keine Forderung aus dem Schuldgeschäft erwerben kann. Ihm muß also in beiden Fällen die Rechtsherrschaft bleiben.

Ferner ist auch bei den Nichtigkeitsgründen des § 116 S. 2 und des § 117 Abs. 1 BGB. rechtspolitisch das Verbleiben des Rechts zu billigen.

Bei dieser Gruppe muß bei rechtspolitischer Betrachtung ein Ausgleich zwischen Geber- und Nehmerinteressen zugunsten des Gebers ausfallen, infolgedessen also zugunsten der Güterstatik. Dem ist die herrschende Rechtsprechung in der Regel wenigstens nachgekommen.

Schwieriger ist eine Synthese bei den Unwirksamkeitsgründen der zweiten Gruppe zu finden. Der Bordellverkäufer z. B. verdient rechtspolitisch ebensowenig Schutz wie der-

jenige, der das Bordell zum Zwecke des weiteren Bordellbetriebes erwerben will. Aber womit läßt es sich nun rechtspolitisch vertreten, daß der Erwerber das Eigentum bekommt? Nur unter dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung kann man allerdings rechtspolitisch ebensowenig das Gegenteil fordern. In diesem Falle muß also ein neuer Gesichtspunkt eingreifen. Da der Gesamtvorgang mißbilligt werden muß, darf das Gesetz für eine derartige Gruppe von Geschäften, auch den Erfüllungsgeschäften, keinen Schutz angedeihen lassen. Da also rechtspolitisch die Stellung keiner von beiden Parteien einen besonderen Schutz verdient, muß der ganze Vorgang aus dem rechtswirksamen Gebiet herausgenommen werden, d. h., also auch das Erfüllungsgeschäft darf nicht wirksam sein. Das Gesetz mißbilligt den Inhalt. Es hat also nur Interesse an der Statik, da es keine Ursache hat, eine so geartete Dynamik zu schützen. Erst dann ist eine konsequente Grundlage des Gesetzes vorhanden, die sich mit der ethischen Forderung deckt.

Aber abgesehen von den Fällen, in denen nach herrschender Rechtsprechung (s. Teil II) der Grundsatz der Unabhängigkeit des Erfüllungsgeschäfts vom Grundgeschäft in voller Konsequenz durchgeführt wurde, bleibt auch bei den Fällen, in denen der wirtschaftliche Gesamterfolg wegen Anwendung des Unwirksamkeitsgrundes auch auf das Erfüllungsgeschäft oder wegen der Annahme der Bedingtheit nicht eintrat oder nach erfolgter Anfechtung vom Gesetz wieder rückgängig gemacht wurde, trotz des Übereinstimmens des Ergebnisses mit der rechtspolitischen Forderung ein ganz bestimmtes Denkprinzip. Dieses Denkprinzip schreibt vor, daß in der juristischen Arbeitsweise nach dem Grundsatz der fiktiven Abstraktion vorgegangen wird. Zuerst wird das Grundgeschäft untersucht, dann das Erfüllungsgeschäft. Daher bleibt auch in diesen — an sich lebensnah entschiedenen Fällen — zu sagen, daß diese juristische Behandlung des Lebensvorganges ebenfalls der Rechtsanschauung und der rechtspolitischen Forderung widerspricht. Das gesunde Empfinden wehrt sich auch gegen diese künstlich trennende und abstrahierende Arbeitsweise und empfindet sie als einen unnötigen Umweg zum praktischen Ergebnis.

Hieraus ist zu folgern, daß einmal grundsätzlich die fiktive Trennung beider Geschäfte dem Rechtsempfinden widerspricht. Dazu kommen dann die Fälle, in denen trotz der Modifikationen der Rechtsprechung der wirtschaftliche Enderfolg — nämlich die Rechtsübertragung — ungehindert eintreten kann und sich infolgedessen eine schwer verständliche, unterschiedliche

rechtliche Behandlung beider Geschäfte zeigt. Dieses Schwanken des Rechtsprinzips in seiner Einstellung zu Grund- und Erfüllungsgeschäft deutet bereits auf die uneinheitliche Lösung hin, die das Gesetz zwischen verschiedenen sich nicht vertragenden Grundprinzipien getroffen hat. Die weiteren Ausführungen werden dies deutlicher machen.

§ 12. Das Prinzip der Unabhängigkeit von Grund- und Erfüllungsgeschäft und die Vertragsnatur der Erfüllungsgeschäfte in bezug zu den Unwirksamkeitsgründen des Allgemeinen Teils des BGB.

Dem BGB. wurde „der Grundsatz der Unabhängigkeit des sog. dinglichen Rechtsgeschäfts von der obligatorischen Causa" als eins der beherrschenden Grundprinzipien mit auf den Weg gegeben. (s. Anm. 16.) Das Vorhandensein dieses Grundsatzes kann für das geltende Recht nicht bestritten werden. All die Versuche, eine abweichende Lösung auf dem Boden des geltenden Rechts zu suchen, können hieran nichts ändern.

Anderseits wird das BGB. in dieser Beziehung von einem anderen großen Gedanken beherrscht, der damit eng zusammenhängt, und zwar von dem Gedanken der sachenrechtlichen Einigung als dinglichem bzw. der Forderungsabtretung als abstraktem Vertrag. (s. Anm. 17.) Eine einfache Konsequenz dieser Vertragsnatur ist es, daß für die in den Erfüllungsgeschäften enthaltenen Willenserklärungen die im Allgemeinen Teil des BGB. aufgestellten Grundsätze gelten. (s. Anm. 18.)

Das Verhältnis des Unabhängigkeitsgrundsatzes und der Vertragsnatur der Erfüllungsgeschäfte ist zunächst einmal einer der Angelpunkte der geltenden Regelung.

In diesem Zusammenhang ist im Interesse einer scharfen Trennung der Einzelfragen festzuhalten, daß es nicht richtig ist, bei dem ganzen Problem — wie es oft geschieht — ganz allgemein davon zu sprechen, daß es Ausnahmen vom Grundsatz der Unabhängigkeit gibt, und daß u. U. auch das dingliche Geschäft von der Unwirksamkeit des Grundgeschäfts mit-

---

Anm. 16. vgl. Motive Bd. II, S. 3.

Anm. 17. Der aufgetretene Streit, ob die Einigung allein als dinglicher Vertrag aufzufassen ist oder erst der Gesamtvorgang der Übereignung, kann hier dahingestellt bleiben. Zum Grundsatz des dinglichen Vertrages vgl.: Bruck, Die Einigung im Sachenrecht.
Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag;
Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts; u. a. m.

Anm. 18. vgl. für die h. M. Wolff, Sachenrecht, S. 200.

ergriffen wird. (s. Anm. 19.) Diese Ausdrucksweise ist zum mindesten ungenau zu nennen. Wenn wir Fälle hätten, in denen das Erfüllungsgeschäft deshalb und darum kraft Gesetzes unwirksam ist, weil das Grundgeschäft keine Wirkung hat, dann beständen wirkliche und echte Ausnahmen vom Grundsatz der Unabhängigkeit. Eine solche echte Ausnahme würde erfordern, daß der wirtschaftliche Gesamterfolg des Geschäftes deshalb nicht eintritt, weil dem Grundgeschäft von der Rechtsordnung aus irgendeinem Grunde eine Rechtswirkung nicht gewährt ist. Das ist aber nicht der Fall; denn bei den Tatbeständen der Unwirksamkeitsgründe erfolgt eine getrennte Anwendung auf den Sachverhalt beider Geschäfte.

Wie verhält es sich nun mit den Entscheidungen auf diesem Gebiete?

1. Die erste in dieser Hinsicht zusammenfaßbare Gruppe besteht aus den Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen, bei denen in gleicher Weise die Möglichkeit der Anwendbarkeit auf beide Geschäfte bejaht wurde. Hierher gehören die Anfechtungsgründe des Irrtums, der arglistigen Täuschung und der widerrechtlichen Drohung sowie die Nichtigkeitsgründe der Geschäftsunfähigkeit des § 116 S. 2 BGB. und des § 117 Abs. 1 BGB. Es entspricht nun vollkommen dem herrschenden Prinzip der Unabhängigkeit, daß in diesen Fällen die Prüfung nach der Gültigkeit des Erfüllungsgeschäfts nicht damit abgetan ist, festzustellen, daß das Grundgeschäft nichtig bzw. anfechtbar und angefochten ist, sondern es mußte festgestellt werden, ob der gesetzliche Tatbestand des Unwirksamkeitsgrundes auch auf den Sachverhalt des Erfüllungsgeschäfts zutrifft. Wurde dies bejaht, war auch das Erfüllungsgeschäft nichtig bzw. anfechtbar. Die Frage, ob in der Anfechtung des Grundgeschäfts auch gleichzeitig die Anfechtung des Erfüllungsgeschäfts lag, war nur Auslegungsfrage und ist deshalb für den Grundsatz ohne Bedeutung.

Die Nichterreichung des wirtschaftlichen Erfolges in diesen Fällen war eine Auswirkung des Vertragscharakters des Erfüllungsgeschäfts.

Bei den erwähnten Unwirksamkeitsgründen hat sich die Rechtsprechung im allgemeinen nicht gesträubt, die Anwendbarkeit der Vorschriften des Allgemeinen Teils auf das Erfüllungsgeschäft zu bejahen. Dies hat auch seinen einfachen Grund. Irgendwelche wirtschaftlichen Erörterungen und Gründe spielen bei diesen Fällen noch keine Rolle. Es handelt sich einfach um die Grundfrage jedes privaten Rechtslebens,

Anm. 19. z. B. Lehmann, Allg. T., S. 160, K. d. RGR. I. Bd., S. 183; u. a. m.

um die Frage nach den Fehlern, die dem Willen des Erklärenden anhaften.

Bei dieser Gruppe entsprechen sich also abstraktes Prinzip und Vertragsnatur, da die durch das Vertragsprinzip gebotene Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Teils auch rein logisch dem abstrakten Prinzip nicht entgegensteht. Auch eine abstrakte, von jeder kausalen oder wirtschaftlichen Erwägung losgelöste Willenserklärung kann erzwungen sein, kann durch eine Täuschung hervorgerufen sein, kann durch einen Irrtum verursacht werden und kann sich auch wegen Willensunfähigkeit im Rechtssinne gar nicht innerhalb des Rechtslebens abspielen.

So ergibt sich bei dieser ersten Gruppe, daß die Anwendung der Unwirksamkeitsgründe durch die abstrakte Natur der Erfüllungsgeschäfte in keiner Weise nach irgendeiner Richtung hin beeinflußt werden kann. Und ferner ist festzustellen, daß bei dieser Gruppe der Unwirksamkeitsgründe die abstrakte Regelung sich im wesentlichen nur als Denk- und Konstruktionsprinzip geltend macht, daß aber darüber hinaus der wirtschaftliche Erfolg — d. h. das Erfüllungsgeschäft — vereitelt wurde. Insofern entspricht sich — aber nur im wesentlichen — die rechtliche Behandlung beider Geschäfte.

2. Von dieser ersten Gruppe der Unwirksamkeitsgründe möchte ich eine zweite Gruppe unterscheiden, und zwar sind dies die Nichtigkeitsgründe des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz, des Verstoßes gegen die guten Sitten und des Wuchers. Zwar finden sich die Vorschriften im Gesetze unter demselben Oberbegriff „Willenserklärung", aber es liegt ein wesensgemäßer Unterschied vor, wenn man die rein technische Seite dahingestellt sein läßt. Bei den unter 1 gekennzeichneten Unwirksamkeitsgründen billigt die Rechtsordnung an sich den Inhalt der beabsichtigten Geschäfte. Es kann z. B. bei allen diesen Gründen ein inhaltlich vollkommen normaler und unbedenklicher Kauf zugrunde liegen, die Unwirksamkeit tritt nur deshalb ein, weil bei der Willenserklärung als solcher etwas mangelt.

Dagegen sind bei der genannten anderen Gruppe rechtspolitisch ganz andere Gesichtspunkte maßgeblich. Der Inhalt des Geschäfts als solcher wird in diesen Fällen von der Rechtsordnung nicht gebilligt. Die Beziehung auf die allgemeine Gerechtigkeitsidee (gute Sitten, Verstoß gegen Gesetz) und wirtschaftliche Grundsätze sorgen für die Nichtanerkennung der Geschäfte durch das Gesetz.

Die ganz andere innere Struktur dieser Unwirksamkeitsgründe hat auch eine andere Behandlung der Anwendung auf

das Erfüllungsgeschäft hervorgerufen. Es ergibt sich an dieser Stelle, daß das Prinzip der Unabhängigkeit beider Geschäfte und das Prinzip der Vertragsnatur der Erfüllungsgeschäfte sich widersprechen.

Geht man von dem Prinzip der Unabhängigkeit aus, dann zeigt sich, daß die Unwirksamkeitsgrundsätze keine Anwendung finden können; denn ihr Inhalt, der sich mit allgemeinen Ziel- und Zweckmäßigkeitserwägungen der Rechtsordnung befaßt — also mit kausalen Erwägungen —, ist an sich mit dem Gedanken des abstrakten Vertrages, so wie er beabsichtigt ist, unverträglich.

Geht man dagegen von dem Gesichtspunkt des dinglichen Vertrages aus, dann müssen auch in diesen Fällen die allgemeinen Vertragsvorschriften Anwendung finden, falls das Gesetz nicht etwas anderes sagt.

Auf der einen Seite hat also das BGB. — wie allseits zugegeben wird — durch die künstliche und fiktive Abstraktion der Erfüllungsgeschäfte, indem es den Inhalt der Geschäfte genau festlegte (z. B. § 929 BGB.), verhindern wollen, daß derartig allgemeine Erwägungen bei der Betrachtung der Erfüllungsgeschäfte eine Rolle spielten, anderseits hat das Gesetz es aber vermieden, zu den Unwirksamkeitsgründen in Beziehung zum Erfüllungsgeschäft zustimmend oder ablehnend Stellung zu nehmen. Hieraus sind die sich widersprechenden Entscheidungen und Ansichten zu erklären.

Die Einstellung der Rechtsprechung angesichts dieser sich insofern widersprechenden Prinzipien erhellt am besten aus der Einstellung bei der Wuchervorschrift (§ 138 Abs. 2 BGB.). Dieser Nichtigkeitsgrundsatz wird nicht deshalb auf das Erfüllungsgeschäft angewandt, weil er ein allgemeiner Vertragsgrundsatz ist und deshalb an sich Anwendung auch auf den dinglichen Vertrag finden müßte, sondern weil sich im Wortlaut der Vorschrift zufällig das Wort „gewähren" befindet. An dieser Stelle wird man einer rechtspolitischen Entscheidung noch enthoben. Aber es zeigt sich hier doch aus der Art der Begründung, daß man bei dieser Gruppe von Unwirksamkeitsgründen das Abstraktionsprinzip gegenüber dem Vertragsprinzip in den Vordergrund schiebt. (s. Anm. 20.)

Anm. 20. Wenn die Gesetzgeber übrigens mit dem Wort „gewähren" in § 138 Abs. 2 BGB. wirklich eine Entscheidung über die Anwendbarkeit auf das Erfüllungsgeschäft haben treffen wollen, dann hätten sie eine erstaunliche Inkonsequenz bewiesen; denn durch das Wort „insbesondere" wird doch gezeigt, daß es sich bei § 138 Abs. 2 BGB. um einen besonderen Fall des Verstoßes gegen die guten Sitten nach Abs. 1 handelt. Und in diesem Falle müßten auch die Unwirksamkeitsgründe des § 138 Abs. 1 und

Bei den anderen beiden Nichtigkeitsgründen, dem des allgemeinen Verbotsgesetzes und dem des Verstoßes gegen die guten Sitten, wird die Einstellung ebenfalls deutlich. Im Vordergrund steht wieder das Abstraktionsprinzip, d. h. grundsätzlich finden diese Vorschriften keine Anwendung auf das Erfüllungsgeschäft, und zwar dies trotz der Vertragsnatur des dinglichen Geschäfts. Es ist aber anerkannt, daß es hiervon Ausnahmen gibt. Bei dem Verbotsgesetz ist es h. R., daß eine Anwendung bei dem Erfüllungsgeschäft erfolgen kann, wenn nach dem Sinn und dem Zweck des Verbotsgesetzes sich dieses ergibt. Und bei dem Verstoß gegen die guten Sitten ist anerkannt, daß gerade in der Übereignung z. B. das Sittenwidrige liegen könne.

Welches ist nun der tiefere rechtspolitische Grund für diese Einstellung?

Bei den unter 1 gekennzeichneten Gründen war die Sachlage klar. Infolge des mehr technischen Charakters der Unwirksamkeitsgründe — wie ich es nennen möchte — konnte eine Anwendung ohne rechtspolitische Bedenken überbrachter Art, die im Abstraktionsprinzip wurzeln, erfolgen. Bei den anderen Gründen spielte diese technische Natur keine Rolle, sondern der Inhalt — also etwas Zweckgebundenes — wurde von der Rechtsordnung verneint. Z. B. verweist ja in § 138 Abs. 1 BGB. die Rechtsordnung selbst auf die guten Sitten, also auf eine Generalklausel der allgemeinen Gerechtigkeitsidee. Diesen allgemeinen Erwägungen aber, die die Rechtsordnung hier anstellt, widerspricht das gekünstelte Wesen des abstrakten Erfüllungsgeschäfts. Sein Inhalt verträgt, wenn man vom reinen Prinzip ausgeht, nicht die Berufung auf diese allgemeinen Erwägungen. Dazu kommt noch — was aber rechtspolitisch dahingestellt bleiben kann — bei § 138 Abs. 1 BGB. der § 817 BGB.

Alle Entscheidungen und Ansichten, die nun hieraus einen Ausweg gesucht haben, sind versuchte Synthesen innerhalb eines Prinzipienkonfliktes des Gesetzes selbst, indem dazu noch der Versuch kommt, die Entscheidung auch möglichst mit dem Rechtsempfinden in Einklang zu bringen. (s. die neueren Entscheidungen zu § 138 Abs. 1 BGB.). Eine Entscheidung, die z. B. die Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB. verneint, beruht mehr auf dem bestehenden Unabhängigkeitsprinzip; eine Ent-

§ 134 BGB. Anwendung auf das Erfüllungsgeschäft finden; denn eine unterschiedliche Behandlung dieser drei Nichtigkeitsgründe, die sich auf den Inhalt beziehen, wäre doch rechtspolitisch in keiner Weise zu rechtfertigen gewesen. Eine beabsichtigte besondere Behandlung des § 138 Abs. 1 BGB. könnte — rechtspolitisch betrachtet — nur als eine Willkürlösung angesehen werden.

scheidung im entgegengesetzten Sinne beruht mehr auf dem Vertragsprinzip des Erfüllungsgeschäfts.

Deshalb ist festzustellen, daß das Recht selbst an dieser Stelle einen ohne Änderung des Gesetzes unlösbaren Widerspruch in sich trägt, indem es einmal allgemeinen wirtschaftlichen Erwägungen im Allgemeinen Teil nachgibt, anderseits aber die dinglichen Verträge so unwirtschaftlich und diesen Erwägungen unzugänglich gestaltet, daß ihr Wesen damit in Widerspruch gerät. Trotz dieses eigenen Widerspruchs hat es das Gesetz dann aber nicht für erforderlich gehalten, zur Lösung aus diesem Prinzipienkonflikt etwas beizutragen.

Gleichzeitig ergibt sich aus dieser Gruppierung der Unwirksamkeitsgründe folgendes: Immer, wenn ein Unwirksamkeitsgrund auf wirtschaftlichen, allgemeinen und nicht willenstechnischen Gesichtspunkten beruht, tauchen Zweifel auf, ob eine Anwendung auf das Erfüllungsgeschäft erfolgen kann. Infolgedessen muß die geltende Regelung notwendig unwirtschaftlich und gekünstelt sein.

Noch ein weiteres geht aus dieser Untersuchung hervor. Das BGB. geht in seiner gesetzestechnischen Methode einesteils von Theorien und anderseits von einer konstruktiven Einteilung aus. Zuerst hat man aus allgemeinen Erwägungen die Unwirksamkeitsgründe aus dem Vertragsrecht herausgezogen, sie gleichsam im Sinne einer mathematischen Formel ausgeklammert und dadurch systematisch zum Ausdruck gebracht, daß sie auf die Vertragsverhältnisse Anwendung finden sollen, wenn sich aus dem Gesetz nicht etwas anderes ergibt. Sodann bringt man ebenfalls aus konstruktiven und systematischen Gründen die Trennung zwischen Schuld- und Sachenrecht, legt zwischen beide in bezug auf unser Problem das Prinzip der Unabhängigkeit. Grund- und Erfüllungsgeschäft — so künstlich getrennt — sind aber auch beide gemeinsam Verträge. Die Gesetzgeber lassen nun wohl alle diese Grundsätze in der systematischen Trennung erkennen, stellen aber keine verbindende Linie her, so daß notgedrungen Wissenschaft und Praxis zu widersprechenden Lösungen kommen müssen.

§ 13. Die Bedeutung der Bedingtheit der Gültigkeit der Erfüllungsgeschäfte kraft Parteiwillens und der Gesichtspunkt des § 139 BGB.

Von erheblicher Bedeutung über die Lehre von den Unwirksamkeitsgründen hinaus ist die Frage des Einflusses des Parteiwillens. Da die Rechtsordnung grundsätzlich die Vertragsnatur der Erfüllungsgeschäfte — und damit die Anwendbarkeit der

allgemeinen Vertragsvorschriften — bejaht hat, muß grundsätzlich auch den Parteien gestattet sein, vermöge ihres Willens den Erfolg, der sich an die Gültigkeit des Erfüllungsgeschäfts knüpft, von der Gültigkeit des Grundgeschäfts abhängig zu machen. Begrenzt wird diese Möglichkeit für die Immobilien durch § 925 Abs. 2 BGB. Anderseits ergibt sich aber gerade aus dieser Vorschrift für alle anderen Fälle, daß die Bedingung zulässig ist (argumentum e contrario).

Auch eine von den Parteien herbeigeführte Bedingtheit des Erfüllungsgeschäfts bedeutet grundsätzlich keine gesetzliche Durchbrechung des bestehenden Prinzips. Sie beweist vielmehr das Prinzip der Unabhängigkeit, da die Bejahung der Zulässigkeit der Bedingung von der Möglichkeit ausgeht, daß eine Unwirksamkeit des Grundgeschäfts das Erfüllungsgeschäft nicht ergreift. Abgesehen hiervon wird in diesen Fällen eine echte Abhängigkeit durch den Parteiwillen geschaffen; denn wenn die Parteien das Erfüllungsgeschäft erst einmal bedingt haben, dann ist das Erfüllungsgeschäft unwirksam, weil das Grundgeschäft unwirksam ist. Neben die praktische Einengung des Prinzips durch die Rechtsprechung bei den Unwirksamkeitsgründen tritt also noch insofern eine Durchbrechung, als eine echte Ausnahme geschaffen wird, die aber nicht unmittelbar auf dem Gesetz oder auf der Auslegung des Gesetzes, sondern auf der Anerkennung des Parteiwillens durch das Gesetz beruht.

In überwiegender Weise hat sich die Rechtslehre für die Möglichkeit ausgesprochen, daß die Parteien durch ihren Willen kraft Bedingung die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts von der Gültigkeit des Grundgeschäfts abhängig machen können. (s. Anm. 21.) Die Rechtslehre ist hierbei sehr weit gegangen, vor allem in der Anerkennung auch der stillschweigenden Bedingung. Doch sind von einzelnen Stimmen der Wissenschaft auch sehr erhebliche Bedenken auf dem Boden des herrschenden Rechtes geltend gemacht worden. (s. Anm. 22.) Einmal wird der Unterschied des Wesens der Bedingung bei Verfügungen und anderen Rechtsgeschäften hervorgehoben: Streng genommen passe die Bedingung überhaupt nicht zur Verfügung. Werde die Bedingung z. B. mit dem Eigentumsübergang verbunden, so folge theoretisch, daß die Bedingung niemals zu einem Element des in § 929 BGB. formulierten Rechtsgeschäftes werden könne; denn da sie dieses selbst hinausschiebe, könne sie nicht ein Bestandteil davon sein.

Anm. 21. vgl. § 9 I dieser Ausführungen; ferner auch die Literaturangaben dort.

Anm. 22. vgl. Breyhan, a. a. O., S. 45—81. Ebenso Prinz, a. a. O.

(s. Anm. 23.) Infolgedessen bedeute aufschiebend bedingte Vornahme einer Übereignung Hinausschiebung des Rechtsgeschäfts selbst. Weiterhin wird darauf aufmerksam gemacht, daß objektiv ja schon immer feststände, ob das Grundgeschäft unwirksam sei oder nicht, und daß daher das Ungewisse immer nur in der Einstellung der Parteien bestände. (s. Anm. 24.)

Im Rahmen dieser Arbeit kommt es aber nicht so sehr auf die möglichen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Bedingtheit des Erfüllungsgeschäfts an, sondern auf die Tatsache, wie die Rechtsprechung zu diesem Gesichtspunkt Stellung genommen hat. Aus den Entscheidungen aber geht hervor, daß die höchsten Gerichte sich im bejahenden Sinne ausgesprochen haben.

Allerdings scheint es bei einem Überblick über die Judikatur doch so, als ob die Bedeutung dieser Frage vor allem von den Kommentaren überschätzt würde. Die Gerichte entscheiden nur sehr selten nach dem Gesichtspunkt der Bedingtheit. Ein Überblick über die Entscheidungen des RG. (vgl. S. 52/53) ergibt im wesentlichen nur, daß das höchste Gericht die Bedingtheit des abstrakten Erfüllungsgeschäfts durch die Gültigkeit des kausalen Grundgeschäfts grundsätzlich für zulässig und möglich hält. Ferner geht aus der grundsätzlichen Bejahung durch die Gerichte keineswegs hervor — wie des öfteren behauptet wird —, daß dieser Weg die letzte Hilfe dann wäre, wenn die Anwendung des Unwirksamkeitsgrundes auf das Erfüllungsgeschäft zu verneinen ist, und wenn nun eine Entscheidung streng auf der Basis des Unabhängigkeitsprinzips unbillig wäre. Es ist vielmehr so, daß die Voraussetzungen der Bedingung in jedem einzelnen Falle genau untersucht werden müssen.

Ehe aber auf die rechtspolitische Bedeutung eingegangen wird, ist noch ein beachtlicher Einwand zu machen. In den allerwenigsten Fällen wird wohl von den Parteien einmal die Gültigkeit des Grundgeschäfts ausdrücklich zur Bedingung der Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts gemacht werden. Wenn die Bedingung auf diesem Gebiete überhaupt eine praktische Bedeutung haben soll, müssen vor allem die Fälle der stillschweigenden Bedingung herangezogen werden. Zu dieser Frage führt der K. d. RGR. (s. Anm. 25) — wie schon hervorgehoben — überzeugend aus:

„Unter Umständen kann das Erfüllungsgeschäft dennoch von der Nichtigkeit des Grundgeschäfts mitergriffen werden.

Anm. 23. vgl. Prinz, a. a. O., S. 118 ff.

Anm. 24. vgl. zu diesen und den anderen Einwendungen die schon angegebenen Schriften.

Anm. 25. K. d. RGR. I. Bd., S. 183.

Das trifft zunächst dann zu, wenn die Parteien das Erfüllungsgeschäft von der Rechtsbeständigkeit des Grundgeschäfts selbst haben abhängig machen wollen, insofern, als hierin die Aufstellung einer Bedingung läge. Eine solche Annahme wird aber überhaupt am ehesten der Parteiansicht gerecht werden, so daß der strenge Grundsatz für das praktische Ergebnis erheblich an Bedeutung verlieren muß. Die Fälle, in denen die Parteien ein dingliches Leistungsgeschäft unabhängig von einem Kausalgeschäft haben vornehmen wollen, werden im Verkehr in der Tat sehr selten sein."

Hiernach soll also der Wille der Parteien in fast allen Fällen so gelagert sein, daß sie das Erfüllungsgeschäft unabhängig vom Grundgeschäft nicht vornehmen wollen. Genügt aber diese Unterstellung, die zweifellos mit der tatsächlichen Lage übereinstimmt, um innerhalb unseres Rechtssystems die Annahme einer Bedingung zu rechtfertigen?

Daß überhaupt die Beifügung einer Bedingung stillschweigend erfolgen kann, dürfte kaum bestritten sein. (s. Anm. 26.) Aus den gesamten Umständen muß unter Berücksichtigung der Worte und Handlungen das Setzen der stillschweigenden Bedingung in dem Gesamtvorgang zum Ausdruck kommen. Die Einigung muß zugleich Indiz jenes Bedingungswillens sein. (s. Anm. 27.)

Da nun aber nach unserer Regelung die Abhängigkeit von Grund- und Erfüllungsgeschäft eine Ausnahme ist, kann man aus der Vornahme beider Geschäfte durch die Parteien ohne irgendeine auf die Herbeiführung der Bedingung gerichtete besondere Maßnahme nicht einfach auf eine Bedingung schließen. Zwar ist es richtig, daß diese Annahme am ehesten der Parteiabsicht gerecht würde, aber daraus ergibt sich nur grundsätzlich, daß die bestehende Regelung mit dem Rechtsempfinden nicht übereinstimmt. Würde man auf dem Boden des geltenden Rechtssystems in all diesen Fällen aus der vermutlichen Parteiabsicht eine Bedingung schließen, dann würde einfach aus der Erkenntnis heraus, daß die geltende Regelung dem Rechtsempfinden der Partei widerspricht, der nun einmal bestehende Grundsatz der Unabhängigkeit beider Geschäfte

---

Anm. 26. vgl. Breyhan, a. a. O., S. 53. Ferner RG. in Recht 1923. Nr. 175.

Anm. 27. vgl. Breyhan, a. a. O., S. 53/54. von Tuhr, Allg. Teil des Schweiz. Obl. Rechts, I. Halbband, S. 140/141; von Tuhr, Der Allg. Teil des Deutschen Bürg. Rechts, II. Bd., 1. Hälfte, S. 404 ff., insbes. S. 406; Oertmann, Allg. Teil, S. 482/483; Enneccerus, Allg. Teil, S. 470/471.

außer Kraft gesetzt. Breyhan (s. Anm. 28) sagt deshalb mit Recht, daß diese Lehre eine Fiktion zur Bedingung erheben will. Man kann sogar noch weitergehen und sagen, daß hierdurch der dem Rechtsempfinden entsprechende — aber nicht geäußerte — Wille zur Bedingung erhoben würde. „Hier von Bedingung zu sprechen, heißt die abgeschaffte Windscheidsche Voraussetzung zum Tatbestandsstück erheben, also das einführen, was durch die Abstraktion gerade verhindert werden sollte." (s. Anm. 29.)

So begrüßenswert also die Stellungnahme des K. d. RGR. de lege ferenda ist, so wenig entspricht die Annahme einer Bedingung in all den Fällen de lege lata dem Gesetz, wo die Parteien nichts äußern oder sonst erkennen lassen, was sich auf die Bedingung bezöge, sondern nur den Tatbestand der Geschäfte vollziehen.

Zu dieser Frage gibt die Behandlung der sog. clausula rebus sic stantibus oder der Mangel der Geschäftsgrundlage eine interessante Parallele. Aus einem Erfordernis der Billigkeit will man hier ein Rücktrittsrecht geben. Man hat nun unter diesen Begriffen die beim Vertragsschluß zutage getretenen Vorstellungen der Beteiligten über das Bestehen gewisser für ihren Entschluß grundlegender Umstände zu verstehen, falls diese Vorstellungen erkennbar gehegt und beiderseits zur Grundlage des Vertrags gemacht worden sind. (s. Anm. 30.) Auch hier handelt es sich darum, daß die Parteien sich etwas als selbstverständlich vorgestellt und aus diesem Gefühl der Selbstverständlichkeit heraus die betreffende Tatsache nicht zur Bedingung gemacht haben. Die Rechtslehre hatte in diesem Falle verlangt, daß diese Vorstellung erkennbar gehegt wurde, und daß sie beiderseits zur Grundlage gemacht wurde.

Aber es besteht zu unserer Frage doch noch ein Unterschied. Zwar wird es in der Regel so sein, daß die Parteien die Abhängigkeit des Erfüllungsgeschäfts vom Grundgeschäft als selbstverständlich angenommen haben, wenn sie sich überhaupt ein Bild davon gemacht haben, daß zwei und nicht ein Geschäft vorliegen. Aber zu bedenken ist — wiederum nur auf dem Boden des geltenden Rechts —, daß das Gesetz in seinem Grundsatz auf dem genau entgegengesetzten Standpunkt steht, und daß es infolgedessen einen unmißverständlich geäußerten Willen verlangt, wenn die Parteien vom Grundsatz des Gesetzes abweichen wollen. Wenn man also eine

Anm. 28. vgl. Breyhan, a. a. O., S. 54.
Anm. 29. Breyhan, a. a. O., S. 55.
Anm. 30. vgl. z. B. Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, S. 143.

ähnliche Lehre wie bei der Geschäftsgrundlage bei der stillschweigenden Bedingung des Erfüllungsgeschäfts entwickeln wollte, müßte man doch wohl auch hier zum mindesten verlangen, daß im einzelnen Falle die Vorstellungen der Parteien erkennbar gehegt wurden. Und daran wird es eben in den meisten Fällen schon mangeln.

Rechtspolitisch läßt sich zu der Frage der Bedingung des Erfüllungsgeschäfts durch die Gültigkeit des Grundgeschäfts noch folgendes sagen:

Einmal ist die Eigentumsübertragung bei Grundstücken kraft ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes bedingungsfeindlich. Bei einem großen Rechtsgebiete würde dieser Ausweg aus dem bestehenden Prinzip also versagen.

Ferner ist durch die Rechtsprechung eine Anwendung der Bedingung nur in ganz besonderen Fällen erfolgt, so daß für die praktische Anwendung die Auswirkungen nicht erheblich sind. Es besteht ferner auch kaum Aussicht, daß sich hier entgegen der Absicht des bestehenden Gesetzes erreichen läßt, in jedem einzelnen Falle die Fiktion von der Parteiabsicht zur Bedingung zu erheben.

Zuletzt ist noch hervorzuheben, daß selbst bei einer Verallgemeinerung dieser Ansicht es rechtspolitisch bedenklich ist, zuzugeben, daß der Zustand des Gesetzes dem Willen der Parteien immer entgegensteht, und daß auf diesem fiktiven Wege das Gesetz außer Kraft gesetzt wird. Da nun aber allgemein — selbst von der Seite des K. d. RGR. — zugegeben wird, daß eine solche Regelung den Absichten der Parteien am ehesten gerecht würde, muß hieraus wieder gefolgert werden, daß das bestehende Recht im Sinne dieses Rechtsempfindens geändert werden muß. Es bestände sonst ein ewiger Zwiespalt zwischen dem Gesetz und dem Leben. Wenn diese Änderung nicht erfolgt, muß wie bisher in jedem einzelnen Falle versucht werden, durch Auslegung vielleicht doch zur Annahme einer Parteibedingung zu kommen, um auf diesem Wege die mit dem starren Trennungsprinzip verbundenen Unbilligkeiten zu beseitigen. Doch ist hierbei die Rechtssicherheit insofern beeinträchtigt, als die Entscheidungen bei dieser Ermessensfrage notgedrungen voneinander verschieden sein müssen.

Ähnlich verhält es sich mit dem Gesichtspunkt des § 139 BGB. Auch hier ist zu sagen, daß seine Anwendung am meisten der Lebensanschauung gerecht wurde; denn danach ist es selbstverständlich, daß von den Rechtsgenossen das Grund- und das Erfüllungsgeschäft nicht als zwei vollkommen getrennte Geschäfte mit selbständigem rechtlichen Schicksal

betrachtet werden, sondern daß sie im Sinne der wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit als ein Rechtsgeschäft aufgefaßt werden. Aber selbst, wenn man hiernach die Anwendungsmöglichkeit des § 139 BGB. auf das Verhältnis von Grund- und Erfüllungsgeschäft bejahen würde, wäre zu beachten, daß die Anwendung bei der Auflassung versagen müßte. Ferner würde auch durch die Anerkennung dieses Ausweges der nach dem Gesetz bestehende Grundsatz der Unabhängigkeit beider Geschäfte außer Kraft gesetzt. Man müßte sich also auch in diesem Falle darüber klar sein, daß man bei einer Anwendung des § 139 BGB. gegen den eigenen Zweck des bestehenden Rechtssystems verstoßen würde. Außerdem bestände hier die Gefahr, wie sie ja auch in den Entscheidungen teilweise zum Ausdruck kommt, nach einer ganz formellen Einteilung zu entscheiden, indem man nämlich nur die Geschäfte, die zufällig zusammen stattfinden, als ein Rechtsgeschäft betrachten würde. Diese formelle Einteilung wäre ebenfalls rechtspolitisch in keiner Weise zu wünschen.

Beide Lösungen — auf der einen Seite die allgemeine Anerkennung der stillschweigenden Bedingung und auf der anderen Seite die Anerkennung von Grund- und Erfüllungsgeschäft als einem Rechtsgeschäft — haben das gemeinsam, daß sie gegen den Sinn des bestehenden Gesetzessystems verstoßen würden, daß sie dafür aber am ehesten der Parteiabsicht gerecht würden. Daraus ergibt sich vor allen Dingen die Forderung nach Abänderung der bestehenden Regelung, um auf diese Weise das Gesetz wieder mit dem Willen der Parteien in Einklang zu bringen.

§ 14. Das Verhältnis des Prinzips der Unabhängigkeit von Grund- und Erfüllungsgeschäft zu dem Prinzip des Schutzes des guten Glaubens

Es war schon ausgeführt, daß das Abstraktionsprinzip und die Vertragsnatur des Erfüllungsgeschäfts bei den nichttechnischen Unwirksamkeitsgründen in einem gewissen Widerspruche stehen.

Dem BGB. und seiner bestehenden Regelung ist aber noch ein weiteres Gegenspiel zweier großer Prinzipien und Gedanken zu eigen:

Das BGB. hat dem Abstraktionsprinzip zum Durchbruch verholfen, und zwar mit der gravierenden Begründung, daß dadurch eine allgemeine Verkehrssicherheit und ein allgemeiner Verkehrsschutz insofern erreicht würde, als der Er-

werber sich auf sein Eigentum verlassen könne, und daß vor allem dritte Erwerber in ihrem Erwerb sichergestellt würden. Bei einer Abhängigkeit beider Geschäfte würde eine große Unsicherheit Platz greifen, da niemand wüßte, wer nun eigentlich Eigentümer einer Sache sei, und da jeder Erwerber einer Sache mit einem Herausgabeanspruch des wirklichen Eigentümers rechnen müßte. (s. Anm. 31.)

Diese Ansicht ist von der Wissenschaft seit Savigny aus dem römischen Recht auch bei der traditio hergeleitet; sie ergibt sich ferner aus der Regelung bei der mancipatio und der in iure cessio. Wenn man nun das römische Rechtssystem in seiner Gesamtstruktur betrachtet, dann trifft die genannte Begründung auch zu; denn das römische Recht kennt nicht den Schutz des guten Glaubens. (s. Anm. 32.)

Wenn nun diese Argumente, die für ein System von der Art des römischen Rechts sehr wesentlich sind, auch von den Redaktoren des BGB. gewählt wurden, dann wurde die rechtspolitische Stellung des Prinzips des Schutzes des guten Glaubens in seiner Wechselwirkung zum Abstraktionsprinzip übersehen. Man muß dieser Begründung — wenn sie auch bei uns gebraucht wird — vorwerfen, daß nur das römische Rechtssystem kopiert wurde, ohne es in Beziehung zu unserem deutschen System zu setzen.

Das Prinzip des Schutzes des guten Glaubens erreicht nämlich dasselbe Ergebnis wie das Abstraktionsprinzip, nur auf einem anderen Wege.

An dieser Stelle kann die Frage dahingestellt bleiben, ob die Interessen desjenigen, der sich eines Rechts begibt, oder desjenigen, der ein Recht erwirbt, mehr zu schützen sind, bzw. wie zwischen diesen beiden Interessenkreisen am besten eine tragbare Synthese zu finden ist. (s. o. § 11.) Es soll hier vor allem die Rechtsstellung der Dritterwerber betrachtet werden, und zwar ist zu prüfen, wie sich das Abstraktionsprinzip und der Schutz des redlichen Erwerbers in dieser Richtung des dynamischen Rechtsverkehrs auswirken.

Das BGB. hat — fußend auf deutsch-rechtlichen, dem römischen Recht fremden Prinpizien (vgl. Anm. 33) — an den verschiedensten Stellen den guten Glauben geschützt. Es sei hier nur an § 892 BGB. und § 932 BGB. erinnert.

Anm. 31. Zu der oben schon erwähnten Frage: Wem gebührt bei einem Interessenausgleich zwischen Geber und Nehmer besonderer Schutz? tritt hier die Frage: Wie erfolgt ein Ausgleich, wenn ein Dritterwerb stattfindet?

Anm. 32. vgl. für alle Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, S. 168.

Anm. 33. vgl. Strohal, in Jhr. Jhrb. Bd. 27, S. 389.

Um die Wechselwirkungen des Abstraktionsprinzips zum Schutze des guten Glaubens erkennen zu können, müssen einige Beispiele genannt werden, und zwar: indem man sich einmal das Abstraktionsprinzip hinwegdenkt und dann dieses Ergebnis in Vergleich zu dem Ergebnis bringt, das sich bei Beibehaltung des Abstraktionsprinzips ergibt.

1. A veräußert eine Sache an B. Es wird dabei gegen die guten Sitten verstoßen. Bei einer gesetzlichen Regelung ohne Abstraktionsprinzip würde kein Eigentum übergehen. Dagegen würde der redliche Dritterwerber trotzdem Eigentum erwerben (§ 932 BGB.) und ebenso seine Nachmänner. Der dynamischen Forderung nach Sicherheit des Rechtsgüterverkehrs würde also ebenso Genüge geschehen wie bei der bestehenden Regelung.

Bei Anerkennung des Abstraktionsprinzips würde der B Eigentümer geworden sein, da nur das Grundgeschäft nichtig ist. Ein weiterer Erwerber C wird ebenfalls Eigentümer, und zwar ohne Rücksicht auf seinen guten Glauben; denn er erwirbt vom Berechtigten.

2. A veräußert an B eine Sache. Es liegt wiederum ein allgemeiner Nichtigkeitsgrund vor. Bei Nichtanwendung des Abstraktionsprinzips wird B nicht Eigentümer. Das dem C von B bestellte Pfandrecht ist aber wirksam, falls C gutgläubig ist.

Bei Durchführung des Abstraktionsprinzips wird C Pfandgläubiger ohne Rücksicht auf seinen guten Glauben; denn B ist Eigentümer. (s. Anm. 34.)

Aus dem Grundstücksrecht lassen sich ebenfalls entsprechende Beispiele bilden.

Es ergibt sich also, daß infolge der Anerkennung des guten Glaubens durch unsere Rechtsordnung eins der dringendst zu erstrebenden Ziele, das durch das Abstraktionsprinzip erreicht werden sollte, insofern erfüllt ist, als Dritterwerber das Vollrecht erwerben, wenn sie nur redlich sind. Für alle diese Fälle ist also, unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, das Prinzip der Unabhängigkeit von Grund- und Erfüllungsgeschäft ohne jede praktische Bedeutung.

Dagegen zeigt sich, daß in den Fällen, wo das Prinzip des guten Glaubens versagt, bei Anerkennung des Unabhängigkeitsgrundsatzes ein Erwerb durch den Dritten eintritt.

Für diesen letzten Fall ist in bezug auf das Prinzip des Schutzes des guten Glaubens noch anzuführen, daß ja nun der

Anm. 34. Irgendwelche Modifikationen, die sich auch nach h. R. über § 826 BGB. ergeben, können dahingestellt bleiben, da sie das Prinzip nicht berühren.

Vierterwerber oder einer seiner Nachmänner Rechtsinhaber werden kann, wenn einer redlich ist.

Beispiel: Beim Nichtanerkennen des Abstraktionsprinzips: A veräußert an B, dieser an C. Das Geschäft zwischen A und B ist nichtig. C ist nicht gutgläubig. Eigentümer ist also nach wie vor der A. Der redlich von C Erwerbende wird Eigentümer und alle seine Nachmänner. Auch in diesem Fall tritt also ein Schutz des Verkehrs ein, wenn ein redlicher Erwerber auftritt.

Es zeigt sich also, daß sowohl das Abstraktionsprinzip als auch das Prinzip des Schutzes des guten Glaubens beide für sich so lange zu demselben Ergebnis kommen, wie die Erwerber redlich sind. In den darüber hinaus sich erstreckenden Fällen tritt bei einer Rechtsordnung mit dem Abstraktionsprinzip immer (s. Anm. 35) ein Erwerb ein, bei einer Rechtsordnung mit dem Prinzip des Schutzes des guten Glaubens aber ohne Unabhängigkeitsgrundsatz nur dann, wenn einmal in der Reihe ein Redlicher auftaucht.

Dem BGB. muß man also nachsagen, daß es zwei Prinzipien in sich aufgenommen hat, die von zwei ganz verschiedenen Ausgangspunkten an demselben Ziele arbeiten, nämlich an dem Verkehrsschutze, an der Gewährung einer gewissen Rechtssicherheit und an dem Vertrauen auf eine sichere Dynamik des Rechtsgüterverkehrs. Das BGB. enthält eine unnötige Doppellösung, indem zwei Grundsätze aufgenommen wurden, ohne daß man allerdings bei der Redaktion des Gesetzbuches über das Verhältnis beider Prinzipien ein klares Bild gehabt hat, und ohne daß man die beiden Grundsätze in rechtspolitische Beziehung zueinander gebracht hat.

Wie ist nun aber rechtspolitisch diese Verkoppelung zu bewerten? Um diese Frage zu beantworten, ist auf die weltanschauliche Begründung der beiden Grundsätze einzugehen.

Für das Unabhängigkeitsprinzip dient hierzu am besten eine Darstellung der Ansicht von Jhering. (s. Anm. 36.) Dieser leitet das Prinzip der Unabhängigkeit beider Geschäfte aus der mancipatio und in iure cessio des alten römischen Rechts her, indem er die traditio dahingestellt sein läßt. Er preist dann die Einführung der Kondiktionenklage, die nur gegen den Empfänger gerichtet ist. Das Eigentum ginge frei von einer Hand in die andere. Er fährt dann fort: „Dieser Mechanismus ist vielleicht einer der glücklichsten Gedanken des römischen Rechts, jedenfalls einer der festesten Anker für die Sicherheit

Anm. 35. Modifikationen, wie sie die h. M. (s. Teil II) gebracht hat, müssen bei der grundsätzlichen Darstellung dahingestellt bleiben.

Anm. 36. Jhering, Geist des römischen Rechts, III. Teil, 1. Abt., S. 199 ff.

des Eigentums." Und an anderer Stelle: „Solche dem Eigentum noch in die fernste Hand nachschleichenden Rückforderungs- und Anfechtungsklagen — man möchte sie als Siechtum des Eigentums, als Eigentumskrankheiten bezeichnen — waren dem älteren Recht völlig fremd, und in meinen Augen steht es dadurch nur um so höher. Das altrömische Eigentum ist gesund und kräftig, wie alle Institute des älteren Rechts, und gegen alle Ansteckung gesichert. All der Ansteckungsstoff, der ihm auf seinem Wege und bei seiner Berührung mit der Obligation gefährlich werden könnte, entweicht in die Form der persönlichen Klagen, alles Unreine, alle Schlacken läßt es bei den zwei sich unmittelbar gegenüberstehenden Personen zurück und wandelt unversehrt und intakt von einer Hand in die andere." Als Ergebnis der ganzen Trennung von Grund- und Erfüllungsgeschäft stellt Jhering hin: Vereinfachung des Tatbestandes auf analytischem Wege durch Ausscheidung eines zum vollen Bestande des Verhältnisses gehörigen Momentes, die Einführung eines Kunstproduktes, die Einführung von Mechanismen zum Zwecke der Erleichterung des Rechtsverkehrs.

In diesen Ausführungen scheint mir der weltanschaulich und rechtspolitisch maßgebliche Gesichtspunkt dieser ganzen Lehre zu liegen. Es handelt sich darum, das Eigentum und dazu auch andere Rechtsgüter — also den gesamten Rechtsgüterverkehr oder das dynamische Moment des Rechtslebens — frei und unabhängig zu gestalten. Und zwar wird diese sog. Freiheit erreicht durch Loslösung von all den Momenten, die auf dem Gebiete der Lebensvorgänge liegen und wirtschaftlichen Charakter tragen. Das Denken bei einer derartigen rechtlichen Behandlung mechanisiert Gesamtvorgänge. Die ganze Lehre wurzelt tief im mechanischen Denken. Aber nicht nur das mechanische Denken spielt eine Rolle, sondern auch die materialistische Auffassung. Auf die Beziehungen der Parteien untereinander und auf die Frage der inneren Einstellung sowie auf das ideelle Ziel des Rechts wird keine Rücksicht genommen, es handelt sich nur darum, daß die Güter frei werden. Ein Schutz des Verkehrs soll nur erreicht werden durch Verselbständigung der Sachen und Rechte.

Auf der anderen Seite steht der Schutz des Rechtslebens durch Anerkennung des guten Glaubens. Während wir es bei dem ersten Prinzip mit einer Anerkennung des Mechanismus zu tun hatten, wurzelt die zweite Auffassung tief im organischen Denken. Auf den Glauben und die Einstellung des einzelnen Rechtsgenossen kommt es an; diesem Glauben beugt sich in dem angegebenen Rahmen das Herrschaftsrecht.

Zwischen diesen beiden vollkommen in der Denkweise und in der rechtlichen Behandlung der Tatbestände verschiedenen Grundprinzipien hat das BGB. vermitteln wollen, ohne die rechtspolitische Stellung beider zueinander zu prüfen. So ist eine Lösung entstanden, die verhindert, daß unser Recht in dieser Frage Ausfluß einer bestimmten Weltanschauung und Einstellung ist.

Nur einer der beiden Grundsätze darf durchgreifen. Entweder erkennt die Rechtsordnung das Abstraktionsprinzip an und versucht, nur auf diesem Wege den Rechtsverkehr zu schützen. Dann handelt es sich um eine mechanische, ja kapitalistische Rechtsordnung. Oder aber die Rechtsordnung schützt den Rechtsgüterverkehr durch die Anerkennung des guten Glaubens, dann handelt es sich um eine organische und sozialistische Rechtsordnung.

Für die letztere Regelung spricht auch noch folgender Gesichtspunkt:

Wir hatten gesehen, daß ein Rechtserwerb durch Dritte bei dem Prinzip der Unabhängigkeit immer eintritt, während bei dem Schutze des guten Glaubens ein Erwerb des Dritten nur dann erfolgt, wenn er redlich ist. Diese Auffassung entspricht vollkommen unserer Rechtsauffassung; denn in diesem Falle versagt die Rechtsordnung ihren Schutz immer dann, wenn der betreffende Rechtsgenosse vermöge seiner Einstellung nicht wert ist, geschützt zu werden. Da aber dann der Vierterwerber, wenn er redlich ist, wieder erwerben kann, erleidet die Sicherheit des Verkehrs durch diese Behandlung keine Einbuße.

Als Ergebnis aus dieser Untersuchung bleibt festzustellen: In all den Fällen, in denen der Dritterwerber redlich ist, deckt sich das Ergebnis nach beiden Grundprinzipien. Infolge der besonderen Eigenheit unseres Rechts — des Schutzes des guten Glaubens — ist daher das Unabhängigkeitsprinzip praktisch bedeutungslos und überflüssig. Darüber hinaus verdient ein Rechtssystem, das nur den Gutglaubensschutz in sich aufgenommen hat, den Vorzug; denn dem Erfordernis des Verkehrsschutzes bei der Rechtsdynamik geschieht Genüge, wenn nur jemand in der Reihe der Erwerber redlich ist. All die Fälle, in denen das Unabhängigkeitsprinzip ohne Rücksicht auf den guten Glauben den Dritterwerb erfolgen läßt und allenfalls aus § 826 BGB. einen obligatorischen Ausgleich gibt, widersprechen unserem Rechtsempfinden. In diesen Fällen besteht kein Verkehrsinteresse, das in erster Linie geschützt werden müßte. So ergibt sich bei einem Rechtssystem, in dem der Schutz der Rechtsgüterdynamik nur durch das Prinzip des

Gutglaubensschutzes ausgeübt wird, ein erstrebenswerter Vorteil gegenüber einem System, in dem das Unabhängigkeitsprinzip die Funktionen dieses Schutzes übernehmen soll. Das letztere System läßt zu sehr den organischen Zusammenhang zwischen den einzelnen Rechtsgenossen hinter dem reinen mechanisierten Sachgüterverkehr zurücktreten.

Hierzu ist noch eine Nebenbemerkung im Hinblick auf mannigfache Begrenzungen des Gutglaubensschutzes im geltenden Recht zu machen. So gibt es z. B. bei unserer Regelung der Forderungsabtretung, abgesehen von dem beschränkten Gutglaubensschutz des § 405 BGB. bezüglich gewisser Einreden, keinen Gutglaubensschutz. Es gilt der Satz: nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Es fragt sich, ob bei einer Beseitigung der abstrakten Natur der Erfüllungsgeschäfte nicht eine Benachteiligung der Dritterwerber eintreten könnte.

Hier ist nun einmal zu beachten, daß Forderungsabtretungen in laufender Kette nicht derart zu den typischen Verkehrsgeschäften gehören wie z. B. die Eigentumsübertragung. Ferner ist hervorzuheben, daß der deutsch-rechtliche Grundsatz des Schutzes des guten Glaubens immer irgendwie an den Besitz einer Sache — an die deutsch-rechtliche Gewere — geknüpft ist. (s. Anm. 37.) Rechtspolitisch soll der Glaube nur dann geschützt werden, wenn das Verhältnis des Erwerbers zur Sache — der Besitz mit seinem nach außen hin in Erscheinung tretenden Herrschaftsverhältnis — dies rechtfertigt. Da nun aber bei der Forderung als etwas durchaus Unkörperlichem diese Grundlage fehlt, ist ein Gutglaubensschutz hier nicht am Platze. Das bloße Vertrauen auf die Ausführungen des Abtretenden erfordert noch nicht diesen ausgedehnten Schutz. Allerdings wäre zu erwägen, ob nicht der Gutglaubensschutz dann in vollem Umfange zu fordern ist, wenn über eine Forderung eine Urkunde ausgestellt ist.

Des weiteren ist das System des Verkehrsschutzes durch den Gutglaubensschutz z. B. bei dem Erwerb gesetzlicher Pfandrechte durchbrochen, so in dem bedeutsamen Fall des Vermieterpfandrechts. Doch ist hier zu bemerken, daß diese Fälle nicht zu den typischen Verkehrsgeschäften gehören, deren Bearbeitung sich diese Arbeit zum Ziele gesetzt hat. Es sei nur darauf hingewiesen, daß z. B. gerade bei dem Vermieterpfandrecht im Vergleich zu den zugrunde gelegten typischen Sachgüterverkehrsgeschäften rechtspolitisch bezüglich der zu beachtenden Interessenlage Besonderheiten bestehen.

Anm. 37. Bei dem Grundstücksrecht tritt an diese Stelle der Glaube des Buches.

§ 15. Bestehen wirklich die praktischen Vorteile, die eine Beibehaltung der geltenden Regelung als vertretbar erscheinen lassen?

Von den Anhängern der herrschenden Regelung wird immer geltend gemacht, daß infolge eines sehr sorgfältigen Kondiktionensystems die Nachteile der abstrakten Regelung und des dadurch ohne Rücksicht auf das nicht zustande gekommene oder wieder vernichtete Kausalgeschäft ermöglichten Erwerbes ausgeglichen würden. (s. Anm. 38.) Dem ist entgegenzuhalten, daß es ein Umweg des Gesetzes ist, zunächst z. B. dem Verkäufer trotz Mißbilligung des Kaufvertrages durch das Gesetz das Eigentum zu entziehen, um es ihm dann wieder auf dem Wege über einen obligatorischen Anspruch aus § 812 BGB. verschaffen zu wollen. Wenn das Gesetz selbst auf dem Standpunkt steht, daß dem Verkäufer die Sache gebührt — und daß es auf diesem Standpunkt steht, ergibt sich aus der Zubilligung des Anspruchs aus § 812 BGB. —, dann ist die Verschlechterung der Rechtsstellung des Veräußerers, die dadurch erfolgt, daß der aus dem Eigentum fließende Anspruch durch einen obligatorischen ersetzt wird, unnötig, und zwar um so mehr, da ja festgestellt wurde, daß die Interessen der Dritterwerber dies nicht erfordern. Diese Umwandlung des Anspruchs ist rechtspolitisch durch nichts gerechtfertigt. Fernerhin ist es eine eigenartige Begründung für die Güte und Richtigkeit einer bestehenden und vertretenen Regelung, wenn gesagt wird: Die Nachteile sind ja nicht so schlimm; denn ich habe ein ganzes Anspruchssystem ausgearbeitet, um die praktischen Konsequenzen meines Prinzips wieder aus der Welt zu schaffen.

Ein weiteres Beispiel verdeutlicht den konstruktiven Umweg des Gesetzes:

Nimmt man an, daß die Sache in der Hand des Erwerbers durch die Schuld eines Dritten zerstört wird, dann steht der Schadensersatzanspruch aus § 823 BGB. dem Erwerber zu, obgleich er ohne Grund erworben hat. Er ist zwar verpflichtet, nach § 818 Abs. 1 BGB. auch diesen Anspruch herauszugeben (s. Anm. 39), d. h. ihn abzutreten. Aber wodurch ist rechtspolitisch dieser Umweg des Gesetzes begründet? Auf seiten des Verkäufers wird wiederum das Vollrecht (nämlich die Schadensersatzforderung, die er beim Nichtbestehen des gelten-

Anm. 38. vgl. z. B. Prinz, a. a. O., S. 25.

Anm. 39. Die Verpflichtung nach § 818 Abs. 1 BGB. erstreckt sich auch auf Schadensersatzansprüche; denn sie fallen unter das, was der Empfänger als Ersatz für die Zerstörung erwirbt. vgl. Enneccerus, II. Bd., S. 708.

den Prinzips aus eigenem Recht hätte) ersetzt durch den Anspruch auf Abtretung dieses Rechts.

Diese Beispiele für den Umweg des Gesetzes ließen sich noch vermehren.

Eng zusammen mit dieser Frage hängt noch ein weiterer Vorteil, den man der herrschenden Regelung nachsagt. Die möglicherweise vorhandene Kompliziertheit des konkreten Kausalgeschäfts soll nämlich eine formelle Loslösung des Rechtsübertragungsgeschäfts vom Kausalgeschäft als wünschenswert erscheinen lassen. (s. Anm. 40.)

Dieser Einwand mag für eine bestimmte Anzahl von Fällen zutreffen. Doch ist zu sagen, daß — abgesehen von der Auflassung, die ausdrücklich erklärt wird — bei der Rechtsübertragung auch heute schon (man denke nur an den Handkauf, an die Handschenkung, an den Forderungskauf, aber auch an andere Geschäfte) sich ein Eingehen auf das Grundgeschäft nicht umgehen lassen wird. Denn auch von den Anhängern des herrschenden Prinzips wird ja zugegeben, daß es sich um eine fiktive Abstraktion handelt. Trifft dies aber zu, dann muß man auf den Gesamtvorgang eingehen, um den sog. abstrakten Willen, der erforderlich ist, überhaupt feststellen zu können.

Aber abgesehen von diesen Gesichtspunkten, die den gemachten Einwand entkräften, ergibt sich, daß an Stelle der „so wünschenswerten Einfachheit der Behandlung" eine — wie oben aus den Beispielen schon erkennbar ist — erhebliche Kompliziertheit des Gesetzes selbst tritt.

Dem Verkäufer im obigen Beispiel, dem die Sache zusteht, wie das Gesetz selbst will, steht nicht etwa der Schadensersatzanspruch gegen den zerstörenden Dritten zu, sondern nur der Anspruch gegen seinen Partner auf Abtretung dieses Anspruchs. Das ist eine Lösung, die dem einfachen Rechtsgenossen das Gesetz nur noch unverständlicher macht, das ist eine konstruktive Lösung, die nie und nimmer erstrebenswert ist.

Von den Anhängern der geltenden Regelung wird ferner zur Stützung dieser Lehre die Bedeutung für die Beweiserleichterung angeführt. „Würde die Eigentumsübertragung in ihrer Rechtsbeständigkeit durch das Kausalgeschäft bedingt sein, so würde jeder, der genötigt ist, sein Eigentum zu beweisen, zugleich dessen Gültigkeit dartun müssen. Die Schwierigkeiten, die unvermeidlich hiermit verknüpft sind, würden die Sicherheit

Anm. 40. vgl. Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft, in Jhr. Jhrb. Bd. 27, S. 398.

des Vermögensverkehrs in schlimmstem Maße beeinträchtigen." (s. Anm. 41.)

Ferner wird ausgeführt, daß diese Erleichterung der Beweisführung eine Erhöhung der Umlaufsfähigkeit des Eigentums mit sich bringe. (s. Anm. 42.) Sie führe auch zu einer Ermutigung des Erwerbstriebes, da diese Geschäfte vor allem denen eine Sicherheit geben, die durch sie etwas erlangen.

Aus diesen Gründen wird dann die abstrakte Gestaltung der Eigentumsübertragung nicht nur als einer der festesten Anker für die Sicherheit des Eigentums bezeichnet (s. Anm. 43), sondern auch als eine der größten und folgenschwersten Taten des juristischen Geistes, ohne die die gesamte Entwicklung unseres Vermögensverkehrs unmöglich wäre. (s. Anm. 44).

Gegenüber der Behauptung, daß eine sog. Erschwerung des Beweises durch eine Entfernung des Abstraktionsprinzips aus unserem Rechtssystem die Sicherheit des Vermögensverkehrs in schlimmstem Maße beeinträchtigen würde, ist zu sagen, daß diese Ausführungen nicht nur auf einer maßlosen Übertreibung beruhen, sondern auch das Wesen des erforderlichen Beweises verkennen.

Es wird einmal übersehen, daß in all den Fällen, die im II. Teil nach dem Stande der Rechtsprechung ausgearbeitet sind, und in denen bis in das Anwendungsgebiet der §§ 134, 138 BGB. hinein in irgendeiner Weise auch die Gültigkeit des abstrakten Erfüllungsgeschäfts erfaßt wird, letzten Endes das Abstraktionsprinzip nur noch in der Denkweise, nicht aber im praktischen Erfolg vorhanden ist. Diese Behauptung verkennt weiterhin, daß es große Rechtssysteme gibt, die das abstrakte Prinzip nicht kennen. Und trotz alledem hat sich weder hier noch dort eine dieser nachteiligen Folgen gezeigt.

Bezüglich der Beweisfrage selbst mag die Bedeutung der Vermutung des § 1006 BGB. dahingestellt bleiben; denn für die Frage nach der Erschwerung eines Beweises ist die Frage nach der Beweisverteilung gleichgültig. Da nun die herrschende Lehre selbst zugibt, daß es sich um eine bloße fiktive Abstraktion handelt, kann derjenige, der den Beweis zu führen hat, wohl kaum — oder nur in ganz verschwindend wenig Fällen — nur

---

Anm. 41. vgl. Prinz, a. a. O., S. 25/26.
Anm. 42. vgl. Enneccerus, Bd. I, S. 454;
Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes, S. 54;
Regelsberger, Pandekten, I. Bd., S. 610;
Leonhard, Der Allg. T., S. 267.
Anm. 43. vgl. Stintzing, Die Übertragung beweglicher Sachen, S. 162 ff.
Anm. 44. vgl. Stintzing, Die Übertragung beweglicher Sachen, S. 162 ff.; Prinz, a. a. O., S. 25 ff.

solche Tatsachen behaupten und beweisen, aus denen sich das abstrakte Erfüllungsgeschäft in reiner Form ergibt. Er muß vielmehr fast immer den Gesamtvorgang vortragen und insoweit beweisen, als der Richter dann daraus diesen fiktiven abstrakten Willen schließen kann. Ferner ist die Rechtslage heute so, daß es irgendeinen Unwirksamkeitsgrund nicht mehr gibt, bei dem das Unabhängigkeitsprinzip insofern absolute Geltung hätte, als der Unwirksamkeitsgrund nie auf das Erfüllungsgeschäft Anwendung finden könnte. (Selbst bei § 138 Abs. 1 BGB. ist zugegeben, daß gerade in der Übereignung z. B. das Unsittliche liegen könnte.)

Angesichts dieser Tatsache muß also der Richter, wenn sich jemand anläßlich des Beweises des Eigentums auf einen Unwirksamkeitsgrund beruft, folgende Prüfung anstellen:

1. Liegt überhaupt ein Unwirksamkeitsgrund vor?

2. Findet dieser Unwirksamkeitsgrund auf das Grundgeschäft Anwendung?

3. Findet dieser Unwirksamkeitsgrund auch auf das Erfüllungsgeschäft Anwendung?

4. Bei der Anfechtung hat er noch zu prüfen, ob in der erfolgten Anfechtung auch die Anfechtung des Erfüllungsgeschäfts enthalten ist.

5. Schließlich muß er auch noch auf die Frage der Bedingung und auf den Gesichtspunkt des § 139 BGB. eingehen.

Erst wenn all diese Untersuchungen negativ auslaufen, steht fest, daß das Abstraktionsprinzip in voller Konsequenz Anwendung findet.

Da nun also heute der Rechtszustand zu unserer Frage insofern so kompliziert geworden ist, als nach der h. R. grundsätzlich zwar das Unabhängigkeitsprinzip noch gilt, in jedem einzelnen Fall aber eine Ausnahme bestehen kann, ist in Wahrheit einmal die Frage des Beweises und zweitens auch die rechtliche Entscheidungsmöglichkeit viel schwieriger und nicht leichter und einfacher geworden. Auch dieser von den Anhängern der herrschenden Lehre so hervorgehobene Vorteil hat sich also in der Praxis in das Gegenteil verkehrt.

Die übrigen oben genannten Vorteile für das Abstraktionsprinzip sind von wenig praktischer Bedeutung. Es ist z. B. eine wirklich durch nichts zu beweisende Behauptung, daß durch die geltende Regelung, also durch eine volksfremde Theorie, der Erwerbstrieb gesteigert würde. Das könnte allerhöchstens für solche Geschäfte zutreffen, die gerade nicht erwünscht sind!

§ 16. Ergebnis

Im Laufe der Arbeit ist das Verhältnis zwischen Grund- und Erfüllungsgeschäften, wie es sich aus den geltenden Rechtsnormen und der Rechtsprechung ergibt, einer rechtspolitischen Betrachtung unterzogen worden.

In erster Linie war nach der gesamten historischen Entwicklung festzustellen, daß ein wirkliches deutsches Recht alle Veranlassung hat, die bestehende Regelung nicht als eins der Haupt- und Grundprinzipien in sich aufzunehmen.

Aus der weiteren Darstellung ging dann hervor, daß die bestehende Regelung künstlich ist, daß der von ihr unterstellte Wille der Parteien nur fiktiv besteht, und daß infolgedessen das geltende Prinzip mit dem wirklichen Leben nicht übereinstimmt und dem Rechtsempfinden widerspricht.

Dem bestehenden Recht waren ferner verschiedene Widersprüche zu eigen. Durch die künstliche Trennung und durch die künstliche Abstrahierung war den Unwirksamkeitsgründen, die den Inhalt der Rechtsgeschäfte mißbilligen, bei den künstlichen Erfüllungsgeschäften der Boden entzogen. Wenn trotzdem die Rechtsprechung in einigen Fällen auch hier eine Anwendung auf das Erfüllungsgeschäft bejaht hat, geht hieraus mit Notwendigkeit hervor, daß Entscheidungen, die streng nach dem Grundsatze erfolgt wären, mit der Gerechtigkeit in Widerspruch gestanden hätten. Die Rechtsprechung hat an verschiedenen Punkten dankenswerterweise hieraus die Konsequenzen gezogen.

Der der geltenden Regelung nachgepriesene Vorteil bezüglich der Verkehrssicherheit auf dem Gebiete der Güterdynamik war in unserem Rechtssystem schon durch den Schutz des guten Glaubens erreicht. Insoweit war das geltende Prinzip überflüssig und nicht in unser Rechtssystem passend.

In weltanschaulicher Hinsicht ist der geltenden Regelung der Vorwurf zu machen, daß der Sachgüterverkehr auf rein mechanischem Wege erfolgt. Demgegenüber ist an unser Recht die Forderung zu stellen, daß alle in ihm enthaltenen Grundsätze sich in einen lebendigen Organismus einzufügen haben.

Aus all diesen Gründen schon war rechtspolitisch die geltende Regelung zu verwerfen.

Dazu kommt noch ein weiterer Gesichtspunkt, der ebenfalls schon kurz erwähnt wurde. Durch die bestehende Lösung sollte eine allgemeine Sicherheit und Klarheit des Rechtszustandes erreicht werden. Das genaue Gegenteil ist der Fall gewesen. Im praktischen Erfolg gilt nämlich heute das reine Abstraktionsprinzip nicht mehr. Es war dargestellt, daß an drei Stellen

(bei der Lehre von den Unwirksamkeitsgründen, bei der Frage der Bedingtheit des Erfüllungsgeschäfts durch die Gültigkeit des Grundgeschäfts und schließlich auch bei dem Gesichtspunkt des § 139 BGB.) in das starre Prinzip eingebrochen war. Aus diesem Grunde läßt sich heute kein einheitlicher Rechtszustand mehr darstellen. An die Stelle sehr fragwürdiger Vorteile ist eine Zerrissenheit des Bildes getreten. Da jedesmal auf den einzelnen Fall abgestellt werden muß, um vielleicht doch zu einer billigen Ausnahme zu kommen, hat eine allgemeine Unsicherheit der Entscheidungen Platz gegriffen, da es ja in der Natur der Sache begründet liegt, daß die Rechtsansichten noch sehr uneinheitlich sind.

Unser heutiger Rechtszustand hat in den praktischen Auswirkungen eine Zwischenstellung inne zwischen dem strengen Unabhängigkeitsprinzip, wie es dem BGB. mit auf den Weg gegeben wurde, und der entgegengesetzten Regelung, die von einer lebensnahen Betrachtung aus erstrebt wird. Da nun aber diese Zwischenstellung nirgends gesetzlich irgendwie klar umrissen ist, ist unsere bestehende Rechtslehre unsicher und die Praxis in ihren Entscheidungen schwankend.

Die geltende Regelung ist also nicht nur historisch unbegründet und dem Rechtsempfinden widersprechend, sondern es sind auch keine praktischen Vorteile zu erkennen, die die damit verbundenen Nachteile als auch nur einigermaßen tragbar erscheinen lassen. (s. Anm. 45.)

Anm. 45. Im Laufe der Arbeit habe ich keine Trennung der Erfüllungsgeschäfte insoweit vorgenommen, daß ich etwa die Handschenkung, den Handkauf und die Fixgeschäfte einer besonderen Behandlung unterzogen habe. Dies geschah aus dem Grunde nicht, weil diese Geschäfte m. E. keine andere Behandlung verdienen als die anderen typischen Verkehrsgeschäfte. Es wäre auch rechtspolitisch nicht vertretbar, diese Geschäfte einer anderen Behandlung zu unterziehen, nur weil Grund- und Erfüllungsgeschäft zusammenfallen, während eine andere Regelung gelten soll, wenn das Erfüllungsgeschäft zufällig 24 Stunden später vorgenommen wird. Auch der Streit über die Konstruktion des Handkaufs ist hier nicht erwähnt, ebensowenig die sich hieraus etwa ergebenden Modifikationen. Eine derartige Darstellung hätte im Rahmen dieser Arbeit zu weit geführt. Herangezogen ist auch nicht das Wertpapierrecht, insbesondere das Wechselrecht, da diese Art von Rechtsgebilden nicht zu den typischen Verkehrsgeschäften gehören, sondern besonderen Bedürfnissen dienen. Dahingestellt ist auch die Frage geblieben, wie die abstrakte Forderung, die sich auf die bekannte Schrift von Hermann Bähr gründet, in Zukunft zu behandeln sein wird. Es wäre ebenfalls über den Rahmen dieser Arbeit hinausgegangen, darzustellen, inwiefern die Forderung nach abstrakten Schuldverhältnissen eine liberalistische Forderung ist, und inwieweit sie für unser Rechtssystem zu verwerfen ist.

Es kam in dieser Arbeit nur auf den Grundsatz bei den typischen Rechtsgeschäften unseres BGB. an.

Lebenslauf

Am 27. September 1911 wurde ich — Hans-Wolfgang Gersching — als Sohn des Mittelschullehrers Albert Gersching und seiner Ehefrau Ella, geb. Baumüller, in Aschersleben geboren. Von Ostern 1918 bis Michaelis 1918 besuchte ich die Vorschule des Reformrealgymnasiums in Staßfurt, von da ab die des Reformrealgymnasiums in Aschersleben und anschließend dieses bis zum 13. März 1930. An diesem Tage bestand ich dort die Reifeprüfung.

Von Ostern 1930 bis zum 1. März 1932 studierte ich an der Universität Tübingen und nahm an Vorlesungen bzw. Übungen der Herren Professoren Dr. Dr. Eisser, v. Rümelin, A. Schmidt, Schönfeld, Schoetensack und Stoll teil. In der Zeit vom 16. April 1932 bis zum 7. Juli 1934 besuchte ich an der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg Vorlesungen und Übungen der Herren Professoren Dr. Dr. Bilfinger, Boehmer, Finger, Fleischmann, Hein, Jahn, Jecht, Kürten, Muhs, Ruth, R. Schmidt, Schwinge, Siebert, Wolff.

Besonderen Anteil an meiner wissenschaftlichen Entwicklung nahm Herr Senatspräsident Professor Dr. Noack durch seine rechtspolitischen Gedankengänge. Er gab mir auch die Anregung zur Abfassung dieser Dissertation, wofür ihm mein besonderer Dank gebührt.